المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا
مكة المكرمة

تحقيق الجزء الثاني من

شرح مختصر الطحاوي

للجصاص

٣٧٠ هـ

من كتاب البيوع إلى آخر كتاب النكاح

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه
في الفقه الإسلامي

إعداد الطالب سائد محمد يحيى بكداش

إشراف فضيلة الدكتور حسين الجبوري

المجلد الثاني

١٤١٢هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب أحكام الأرض المَوَات

(قال أبو جعفر: [خراب الأرض لا يُزيل ملكها عن صاحبها]
وكل أرض يملكها مسلم أو ذمي لا يَزُول ملكه عنها بخرابها)

وذلك لأنه ملك صحيح، فلا يزول عمَّن هو له إلا بالسبب الموجب لزواله، لقول النبي صلى الله عليه وسلم "لا يَحِلّ مال امرىء مسلم أو ذمي إلا بطيبة من نفسه"(١)

مسألة: [ما قَرُبَ من العامر ليس بمَوَات]
(قال: وما قَرُبَ من العامر فليس بموات) وذلك لأنه فِنَاء للعامر، ومن مرافقه، ففيه حق مالك العامر، وما كان فيه حق الغير فليس بمَوَات.

قال: [تعريف الموات]
(وما بَعُدَ منه، ولم يُمْلَك قَبْل ذلك، فهو مَوَات. قال: وذكر أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أن الموات هو الذي إذا وَقَفَ رجل على أدناه من العامر، فنادى بأعلى صوته، لم يسمَعْه أقرب مَن في العامر اليه)

قال أحمد: الموات هو الذي لاحَقَّ فيه لآدميٍ بعَينه، ومتى كان فيه حق لقوم بأعيانهم، لم يكن مَوَاتاً، فما كان مِن فِناء قرية أو مَرعاها، أو مُحتَطَبِها، فأهل القرية أولى بها من سائر الناس وحقّهم في الانتفاع به دون مَن سواهم ثابت، فلا يكون مواتاً، كما أنها لو كانت ملكا لهم لم تكون مَواتاً.

والذي ذكره عن أبي يوسف إنما هو اجتهاد في إيجاب الفرق بين فِناء القرية، وما ليس بفِناء لها.

مسألة: [إذن الإمام في إحياء الأرض]
(قال: وقال أبو حنيفة: ليس لأحدٍ أن يحييَ أرضاً مَواتاً إلا بأمر الإمام، ولا يملكه إلا بتمليك الإمام إياه ذلك.

---

(١) تقدم ص/١٩٥، حاشية (٧)، ولكن ليس فيه لفظ (أو ذمي).

وقال أبو يوسف ومحمد: مَن أحيا مواتاً من الأرض فقد مَلَكَه بذلك، أذِنَ له الإمام في ذلك، أو لم يَأْذَن له فيه)

لأبي حنيفة ما روى معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال"ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه"(١)، وقد ذكرنا إسناده في باب التّسَيّر من هذا الكتاب(٢).

وذلك عام في كل شيء إلا ماقام دليله.

وأيضا فإن حق جماعة المسلمين قائم في الموات، فلا يجوز لأحدٍ أن يختصَّ به دون غيره إلا بإذن الإمام.

كما أن بيت المال لم يكن له مالك بعينه، وتساوى المسلمون في ثبوت حقوقهم فيه، لم يكن لأحد أن يختص بشيء منه إلا بإذن الإمام، فإذا مَلَّكَه الإمام شيئاً مما في بيت المال مَلَكَه، كذلك إذا مَلَّكَه الأرض الموات.

فإن قيل: روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: مَن أحيا أرضاً ميتة فهي له"(٣)

قيل له: لا يكون الإحياء مع ثبوت حق الغير فيها.

والدليل عليه أنها لو كانت مواتاً ملكاً لقوم، أو فِناءً لقرية، أو طريقاً للناس، فأحياها لم يكن ذلك إحياءً موجِباً لاستحقاق الملك، فعلمنا أن ثبوت حق الغير فيها يمنع صحة الإحياء،

كذلك أرض الموات لما تساوى الناس كلهم في ثبوت الحق فيها، لم يصح الإحياء إلا بإذن مَن ينوب عنهم في ذلك، ويقوم

---

(١) رواه الطبراني في المعجم الكبير والأوسط، وفيه عمرو بن واقد، وهو متروك، كما في مجمع الزوائد ٥/٣٣١، ورواه اسحاق بن راهويه في مسنده، وذكره البيهقي في المعرفة ثم قال: وهو منقطع بين مكحول ومن فوقه، وراويه عن مكحول مجهول، وهذا اسناد لايحتج به، كما في نصب الراية ٣/٤٣١ وهذا الحديث ورد في قصة مذكورة في نصب الراية وغيره.

(٢) في الجزء الثالث من المخطوط، لوحة رقم/٢٢٢ من نسخة قونية، تحت رقم ٦، فقه حنفي، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى، وقد ذكر الحديث واسناده أيضا في أحكام القرآن ٣/٥٣.

(٣) سنن أبي داود، الخراج، باب في احياء الموات ٣/٤٥٤، سنن الترمذي، الأحكام، باب ما ذكر في احياء أرض الموات ٣/٦٦٣-٦٦٤ وقال: حديث حسن صحيح.

مقامهم،وهو الإمام.

وأيضا يحتمل أن يكون الخطاب خرج على أرضين مخصوصة،جَعَلَها النبيّ صلى الله عليه وسلم لقوم بأعيانهم،وأَمَرَهم بإحيائها، كقوله عليه السلام:

"مَن دخل دارَ أبي سفيان فهو آمِن،ومَن أغلقَ بابه فهو آمِن"(١) ونحوه من الكلام الخارج عن سبب مقصور الحكم عليه.

وذهب أبو يوسف ومحمد الى ظاهر الحديث.

/مسألة: [مالا يُقْطِعه الإمام] ١١٢/

(قال أبو جعفر:ولاينبغي للإمام أن يُقْطِع مالاغِنَى بالمسلمين عنه،كالبحار التي يشربون منها،والملح الذي يمتارون منه)(٢)

قال أحمد:يعني بالبحار الآبار،كذا يسميها أهل مِصر،وإنما كان كذلك من قِبَل أن في إقطاعه إياها ضرراً على الناس،ولا يجوز له إدخال الضرر عليهم بإقطاعها،وقَطْع حقوقهم عنها،كما لا يجوز ان يُقْطِعَ أملاكهم،وسائر حقوقهم،وليس ذلك كالأرض الموات،لأنه لا ضرر على الناس في إقطاع الموات.

قال أبو جعفر: [ما يبطل الاقطاع]

(ومَن أقطعه الإمام،فإن تَرَكَها ثلاثَ سنين لم يعمرها،بَطَلَ إقطاع الإمام إياه)

وذلك أن الإمام إنما يُقْطِع الموات،ويَقْطَع عنها حق سائر المسلمين،ليحييها المُقْطَع له،وليعمرها،وليكون الحق الواجب فيها من العُشر أو الخراج عائداً على المسلمين،ولا يُقْطِعُه لتملّكه من غير إحياء.

"وقال عمر بن الخطاب لبلال بن الحارث وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم أقطع لبلالٍ العقيقُ(٣) أَجْمَع،إن رسولَ الله صلى

---

(١) صحيح مسلم،الجهاد والسير،باب فتح مكة ١٤٠٧/٣-١٤٠٨.
(٢) الميرة بالكسر الطعام يمتاره الانسان،وقال الأصمعي:يقال ماره يموره اذا أتاه بميرة أي بطعام،كمافي تاج العروس(مير).
(٣) العقيق بفتح العين،واد عليه أموال أهل المدينة،قيل على ميلين منها،وقيل على ثلاثة،وهما عقيقان أدناهماعقيق المدينة وهو أصغر وأكبر،فالأصغر فيه بئر رومة،والاكبر فيه بئر عروة، والعقيق الآخرعلى مقربة منه،كما في مشارق الأنوار ١٠٨/٢،وفاء الوفا١٠٣٩/٣،ومنطقة العقيق الآن معروفة في المدينة المنورة.

الله عليه وسلم لم يُقْطِعْكَ إلا لتعمل،ولم يقطعك لتحتجره عن (١) الناس،فأقطع عمرُ الناسَ العقيقَ" (٢)

وإنما جُعِلَ المدة في ذلك ثلاث سنين،لما روي عن عمر أنه قال:"ليس لمحتجرٍ بعد ثلاث سنين حق" (٣)

مسألة: [الأرض المحياة بماء المطر عشرية]

ومن أحيا أرضاً فكانت تسقى بماء المطر،فهي أرض عشر)لقول النبي صلى الله عليه وسلم"فيما سقت السماء العشر" (٤)

قال: [الأرض المحياة بماء النهر]

(ومَن أحياها بماء نهر ساقه إليها،فإنّ أبا يوسف قال:حكمه حكم الأرض التي فيها ذلك النهر،فإن كانت مِن أرض الخراج فهو مِن أرض الخراج،وإن كانت مِن أرض العشر،فهو من أرض العشر.

وقال محمد:إن أحياها بماء الأنهار العظام،التي لله كالنيل والفرات ونحوها،فهي من أرض العشر،وإن ساق إليه من نهر حَفَرَه الإمام من مال الخراج،فهو من أرض الخراج)

قال أحمد:إذا أحيا بماء نهر حَفَرَه الأعاجم،فهو أرض خراج أيضا عند محمد،وإنما الخلاف فيما أُحْيِيَ بماء دجلة والفرات والأودية العظام،التي ليست بمحفورة.

فجعلها أبو يوسف من أرض الخراج إذا كان النهر بين أرض الخراج،وجعلها محمد أرض العشر،وكذلك قال أبو يوسف فيما

---

(١) في الأصل (لتحتجنه)،والتصويب من كتب السنن،وينظر المغرب للمطرزي ١٨٢/١.
(٢) المستدرك للحاكم ٤٠٤/١ ووافقه الذهبي على تصحيحه.سنن البيهقي ١٤٩/٦.
(٣) الخراج لأبي يوسف ص/٧١ قال الزيلعي في نصب الراية ٢٩٠/٤ "رواه أبو يوسف في كتاب الخراج حدثنا الحسن بن عمارة عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال عمر ..."والحسن بن عمارة ضعيف،وسعيد عن عمر فيه كلام ا.هـ قال ابن حجر في الدراية ٢٤٤/٢ اسناده واه ا.هـ لكن أبا يوسف أخرجه من طريق آخر.قال حدثني محمد بن اسحاق عن الزهري عن سالم بن عبد الله أن عمر ابن الخطاب قال ..."
وأخرجه ابن زنجويه في الأموال ٦٤٤/٢ بلفظ آخر،بسند مرسل رجاله ثقات،كما في الدراية ٢٤٥/٢.
(٤) تقدم ص/٤١٠،حاشية (٥).

استُخرج من أرض الجبال من بئرٍ، أو قناة، فهي خراج، لأنه هكذا تستخرج أرض الجبال، رواه ابنُ سَمّاعة عن أبي يوسف.

وقال محمد: هي أرض عشر في أي أرض كانت، إذا أُحييت ببئر أو قناة استُخرجت.

فأما وجه قول أبي يوسف في مسألة أبي جعفر التي ذكرها فيما أُحيي بنهر في أرض الخراج، فلأن النهر إذا كان مِن أرض الخراج، فقد ثبت الحق فيه لكافة المسلمين، كما ثبت في الأرضين أنفسها، فلا ينتقَل عنه.

ألا ترى أن المسلم إذا اشترى أرضَ خراج، لم تَنتقل عن الخراج إلى العشر، كذلك ما أُحيي بماء الخراج.

ووجه قول محمد، أن هذه الأودية العظام غير مملوكة لأحد، فهي غير مظهور عليها.

ولا اعتبار بكونها في أرض الأعاجم أو غيرها، وإنما الواجب اعتبار حال المحيي لها، فإن كان مسلماً، فعليه العشر، وإن كان ذمياً، فعليه الخراج.

ويدل عليه أن أرض البصرة عشرية (١)، وإنما أحييت في زمن الصحابة بماء دجلة، وجعلوا فيها العُشر، فصار ذلك أصلاً في نظائره.

وأما ما أُحيي من الأرضين ببئر أو قناة، استخرجها المحيي فإن محمداً جعلها أرض عُشر في أي موضع كان، من قِبَل أنه لم يتقدم في الموضع، ولا في الماء الذي أحيي به، وجوبُ حقٍ لأحد، وإنما يحتاج إلى أن يبتدئها الآن بالحق، وهو مسلم، والحق الذي يُبتدأ به المسلم هو العُشر، لأنه صدقة، ولا يُبتدأ المسلم بالخراج لأنه فَيء.

مسألة: [بيع أرض الخراج]

(قال أبو جعفر: ويجوز بيع أرض الخراج، وتُورث، وتُملك)

وذلك لأن عمر مع جماعة من الصحابة اتّفقوا على إقرار أهل

---

(١) الأموال لأبي عبيد ص/٩٢.

السواد على أملاكهم بعد فتحها عَنوة،وقد اشترت الصحابة أرض الخراج،وتبايعوها من غير نكير أحد منهم،فصار ذلك إجماعاً منهم في صحة الأملاك فيها.(1) (2)

وإنما كره بعضهم شراءَها للمسلم،لأنه كان عنده أن الخراج لما وُضِعَ موضع الجزية،كان مشتَبِهاً لما هو مأخوذ على وجه الصَّغار والذِّلّة،فكرهوا أن يدخل نفسه في التزام الصَّغار.(3)

قال أحمد:وليس ذلك عندنا بصَغار،لأن الصَّغار إنما هو جزية الرؤوس،وليس الخراج بمنزلتها.

والدليل عليه أن علياً وعمر رضي الله عنهما قالا فيمن أسلم على أرض الخراج أن عليه الخراج،ولم يختلف المسلمون أن مَن أسلم من أهل الجزية سقطت عنه الجزية.(4) (5)

/مسألة: [حريم النهر] ١١٣

(قال:وكان أبو حنيفة لا يرى للنهر حريماً)ويجعل المَشْنَاة لصاحب الأرض التي فيها النهر،إلا أنه ليس له أن يهدمها،لِمَا فيه من الضرر على صاحب النهر.(6) (7)

(وقال أبو يوسف ومحمد:له حريم،وهو مَلقَى طينه)

لأبي حنيفة أن المَشْنَاة متصلة بالأرض،فهي كسائر أجزائها. والنهر إنما هو اسمٌ لموضعِ جَرْي الماء،وما عداه فليس بنهر، فلا يستحقه صاحب النهر.

وقال أبو يوسف ومحمد:النهر لا بد له من مَلقى طين وغيره، فاحتاج إلى حريم،كالبئر.

---

(1) كما في الأموال لأبي عبيد ص/٦٩.
(2) كما في الأموال لأبي عبيد ص/٨٦-٨٧.
(3) أي بعض الصحابة رضي الله عنهم.كما أسند اليهم ذلك أبو عبيد في كتاب الأموال ص/٨٠-٨١.
(4) الأموال ص/٨٨.
(5) قال الترمذي في سننه ٢٧/٣ "والعمل على هذا عند عامة أهل العلم".
(6) حريم الشيء:ما حوله من حقوقه ومرافقيه.كما في المصباح المنير (حرم)
(7) حائط يبنى في وجه الماء ويسمى السد.المصباح المنير (سنن).

مسألة: [حريم بئر مَبْرَك الإبل]

(قال:وحريم بئر العَطَن[(١)] أربعون ذراعاً،إلا أن يتجاوز الحَبْلُ ذلك،فيكون له إلى ما تناهى الحبل)

وذلك لأنه لا يصل إلى الانتفاع بها إلا من هذا الوجه،إذ كان سبيلها أن يستقى منها بالإبل،فينبغي أن يكون حريمها مقدار الحَبْل إذا احتيج إلى ذلك،وإن اكتفى بدونها كان له أربعون ذراعاً،لأنا لو لم نجعل له ذلك أدّى إلى بطلان الانتفاع بها،لأنه كان يكون لآخر أن يحفر بئراً أخرى إلى جنبها،أو يحيي الأرض التي تلاصق البئر،فيمنع الانتفاع بها،والاستقاء منها،فمن أجل ذلك احتاجت إلى الحريم.

وقدّروه أربعين ذراعاً،لما روي عن النبي عليه السلام في تقديره[(٢)]،ولجريان العادة بمثله في كثير من المواضع التي يُحفر فيها آبار للماشية.

(قال:وحريم بئر النّاضِح ستون ذراعاً)

وقد روي فيه أيضا أثر[(٢)] عن النبي صلى الله عليه وسلم، والحريم في مثل ذلك مقداره الحاجة إليه للسقي.

[حريم العين]

(وأما حريم العَيْن،فإنما جَعَلَه خمس مائة ذراع على ما ذكره أبو جعفر)

لأن العين تُحفَر حواليها آبار ليجتمع ماء جميعها في العين وليس يُؤمَن مع ذلك أن يَحْفِرَ إنسانٌ بقربها بئراً أو عيناً

---

(١) العطن والمعطن:مناخ الابل ومبركها حول الماء،وقولهم حريم بئر العطن أربعون ذراعا،وحريم بئر الناضح ستون فانما أضيف ليفرق بين ما يستقى منه باليد في العطن،وبين ما يستقى منه بالناضح وهو البعير،كما في المغرب (عطن) ٦٨/٢.

(٢) روي في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث عدة، وفيها اختلاف في تقدير الحريم،وللعلماء كلام طويل في ضعفها والكلام عليها،ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٢٩١/٤-٢٩٣، التلخيص الحبير ٦٣/٣،البناية للعيني ٤٣٥/٩-٤٣٨،سنن البيهقي ١٥٥/٦-١٥٦.
والمصنف رحمه الله لم يذكرها والله أعلم لما فيها من كلام ورجح أن تقدير الحريم عائد للاجتهاد،والحاجة الى مساحة يستطاع فيها السقي.

فيذهب بماء العين،فلذلك جُعِلَ حريمها خمس مائة ذراع.

وهذه المقادير اجتهاد،وقد روي في جميعها عن النبي صلى الله عليه آثار.(١)

مسألة: [حق الانتفاع بماء بئر أرض الغير للحاجة يثبت عند الحاجة]

(قال أبو جعفر:ومَن كان في أرضه بئر أو عين،فله منع الناس مِن دخول أرضه،إلا أن يكون بالناس إلى ذلك حاجة، ولايجدون ماءً مِن غيرها،فيكون عليه إباحتهم ماءَها لِشِفاهِهِم(٢) ومواشيهم،وليس عليه إباحته لزروعهم).

قال أحمد:وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "الناسُ شركاءُ في ثلاثة في الكلأ والماء والنار"(٣)

فإذا وَجَدَوا غيرَه كان له منعهم من دخول أرضه،وإذا لم يجدوا غيره،كانوا متساوين في الانتفاع بالماء الذي فيها،ولم يكن له منعهم منها.

وقد روي"أن قوماً مَرُّوا بالماء،فأرادُوا أن يستقوا،فمَنَعَهم أهلُ الماء،فأخبروا عمرَ بن الخطاب بذلك فقال:هلَّا وَضَعْتُم فيهم السِّلاح"(٤)

وروي"أن رجلاً سأل النبيَّ صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله:ما الشيء الذي لا يحل منعه؟قال:الماء"(٥)

---

(١) ينظر الصفحة السابقة،حاشية (٢).
(٢) الشافه:العطشان لا يجد من الماء ما يبل به شفته.تاج العروس(شفه).والسافه بهذا المعنى:شديد العطش.تهذيب اللغة ١٣١/٦،تاج العروس (سفه) وفي المغرب ٤٤٩/١ "يقال هم أهل الشفة أي الذين لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا دوابهم".
(٣) بلفظ "الناس شركاء..."في الأموال لأبي عبيدص/٢٧١ وبلفظ "المسلمون..."في سنن أبي داود،البيوع،باب في منع الماء ٧٥١/٣،سنن ابن ماجه،الرهون،باب المسلمون شركاء في ثلاث ٨٢٦/٢،وقد بين ابن حجر.في التلخيص الحبير ٦٥/٣ أن له عدة طرق،منها ما صححه ابن السكن،ومنها عند الطبراني بسند حسن.
(٤) لم أهتد اليه بهذا اللفظ،لكن في سنن البيهقي ١٥٣/٦ أن رجلا أتى أهل ماء فاستسقاهم،فلم يسقوه حتى مات عطشا،فأغرمهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه الدية.
(٥) سنن أبي داود،البيوع،باب في منع الماء ٧٥٠/٣ وسكت عنه، رواه من حديث بهيسة عن أبيها.
قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٦٥/٣ "أعله عبد الحق،وابن القطان بأنها لاتعرف،لكن ذكرها ابن حبان وغيره في الصحابة".

(قال:وإنما لم يكن لهم أن يَسْقُوا منه زَرْعَهم إلا بإذن مالك الأرض)لأنه فيه خوف التلف على النفس.

ويدل عليه "قول النبي صلى الله عليه للزبير:احبِسْ حتى يبلغ الجَدْر(١)، ثم أرْسِلْه(٢)"

مسألة: [بيع ما في النهر أو البئر]

(قال أبو جعفر:وليس لأحدٍ بيعُ ما في نهر أو بئر)

وذلك لما "روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع الماء"(٣)،رواه جابر،وعبد الله بن عمر،وإياس بن عبدٍ المُزَني عن النبي صلى الله عليه وسلم.

ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم "الناس شركاء في ثلاثة الكلأ والماء والنار"(٤)

قال: [تَمَلُّك ما أُخِذَ من ماء النهر أو البئر]

(فإن أَخَذَ من ماءِ بئرٍ غيره،أو مِن نهره فقد مَلَكه،وليس لصاحب النهر والبئر أخذه منه،وكذلك الكلأ والنار)

وذلك لأن الماء في موضعه من البئر والنهر،ليس بملك لأحد، بل هو مباح،بدلالة أنه يأخذه عند الحاجة بغير بدل.

ولقوله صلى الله عليه وسلم "الناس شركاء في ثلاثة"(٤)،ونهيه عن بيع الماء(٣)،فمَن أَخَذَه فهو له كسائر المباحات التي ليست بأملاك،وهو في هذا الوجه كالكلأ إذا نَبَتَ في أرضِ رجل،فمَن أخذه فهو له(٥).

وكذلك الصيد إذا انْكَسَرَ في أرض رجل،أو السمك إذا اصطاده مِن جهةٍ لرجل،فهذا كله لآخِذِه،لأنه مباح الأصل،لم يتقدَّم فيه ملكٌ لأحد.

---

(١) الجدر بفتح الجيم وسكون الدال المهملة:المسناة وهو ما رفع حول المزرعة كالجدار،النهاية ٢٤٦/١،فتح الباري ٣٧/٥.
(٢) صحيح البخاري،المساقاة،باب سكر الأنهار ٣٤/٥،صحيح مسلم الفضائل،باب وجوب اتباعه صلى الله عليه وسلم ١٨٢٩/٤-١٨٣٠ كلاهما بدون زيادة "ثم أرسله".
(٣) صحيح البخاري،الحرث والمزارعة،باب من قال ان صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى ٣١/٥،صحيح مسلم،المساقاة،باب تحريم بيع فضل الماء ١١٩٧/٣.
(٤) تقدم في الصفحة السابقة.
(٥) وهذا في ظاهر الرواية،كما في شرح الاسبيجابي ٢/لوحة/٣٧.

وجهة وقوع الملك فيه أخذه وحيازته، فإذا مَلَكَه انقطع حق سائر الناس عنه، فجائز بيعه كسائر المملوكات.

ولا خلاف في جواز بيع الماء الذي أحرزه صاحبه في إناء، وبيع الكلأ المحرَز.

قال: [تملّك ما أُخِذَ من الكلأ والنار]

(وكذلك الكلأ والنار) فهما في ذلك كالماء سواء، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من قوله "الناس شركاء في ثلاثة"[1]

* * * *
* * *

---

(١) تقدم ص/٤٢١، حاشية (٣).

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العَطَايا

(قال أبو جعفر: [عدم زوال ملك الواقف عن الوقف عند أبي حنيفة]

لا يجوز الوقف في الصحة في قول أبي حنيفة)[(١)]

قال أحمد: الوقف جائز في قول أبي حنيفة، إلا أنه لا تَخْرُج الأرضُ الموقوفة عن ملك صاحبها، ولا يمنع وقفُه إياها جوازَ تصرّفه فيها، من بيعٍ وهبةٍ وغير ذلك، ولا انتقال الملك فيها إلى الوارث بالموت.

وموضع الخلاف بينه وبين مخالفيه، إنما هو في زوال ملكه بالوقف، وجواز تصرّفه.

فأما جواز تصرفه فلا يمتنع منه، وقد روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما أنهما قالا: "لاحُبْسَ[(٢)] إلا في كُراع[(٣)] أو سلاح"[(٤)]

والدليل/على صحة قول أبي حنيفة ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا عُبَيد بن شريك قال ثنا عبد الغفّار بن داود قال حدثنا ابن لَهِيْعَة. /١١٤

قال عبد الباقي وحدثنا عبد الله بن محمد الورّاق قال ثنا كامل بن طلحة قال ثنا ابن لَهِيْعَة عن عكرمة قال سمعت ابنَ عباس يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:

لما نَزَلَتْ سورةُ النساء، وفُرِضَ فيها الفرائض "لا حُبْسَ بعد سورة النساء"[(٥)] ولم يذكر عُبَيْد "بعدَ سورة النساء".

فإن[(٦)] هذا الخبر دلّ على صحة قوله، من حيث مَنَع أن يكون

---

(١) المفتى به هو قول الصاحبين، نقل هذا العلامة قاسم في تصحيح القدوري عن كثيرين، كما في اللباب للميداني ١٨٠/٢.
(٢) الحبس بالضم: الوقف، كما في النهاية ٣٢٨/١.
(٣) الكراع: اسم لجميع الخيل، كما في النهاية ١٦٥/٤.
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة عن علي رضي الله عنه من قوله بإسناد حسن، كما في الدراية لابن حجر ١٤٥/٢، نصب الراية ٤٧٧/٣ ولم أهتد إليه في المصنف، وذكره عن ابن عباس رضي الله عنهما ابن حزم في المحلى ١٧٥/٩.
(٥) سنن الدارقطني ٦٨/٤، وفي سنده ابن لهيعة، وهو ضعيف كما في نصب الراية ٤٧٧/٣.
(٦) في الأصل (قال).

وَقْفَهُ إِيَّاها حابساً لها عن انتقال الملك منها بالميراث.

"وروى سفيان عن مِسْعَر(١) عن أبي عَوْن الثَّقَفِي عن شُرَيح قال: جاءَ محمدٌ صلى الله عليه ببيع الحُبُس"(٢)

فإن قيل: المراد بالحُبُس المذكور في هذه الأخبار حبس الجاهلية من السَّائبة(٣)، والوَصيلة(٤)، والحَام(٥)، ونحو ذلك.

قيل له: هو على العموم في كل حُبُس، إلا ما قام دليله.

وعلى أن قوله في حديث ابن عباس "لا حُبُس بعد سورة النساء"، لا يجوز أن يكون المراد به حبس أهل الجاهلية، لأن ذلك الحبس لم يكن قط مباحاً في الإسلام.

ويدل على صحة قولنا في الوقف ما "حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا هارون بن يوسف قال حدثنا ابن أبي عمر قال حدثنا سفيان عن عَمْرو بن دينار عن أبي بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم أن عبد الله بن زيد(٦) - الذي أُرِيَ(٧) النِّداء - جَعَلَ حائطاً له صَدَقَة، وجَعَلَه إلى رسول الله صلى الله عليه، فأتى أبواهُ النبيَّ صلى الله عليه، فقالا يارسول الله: لم يكن لنا عَيش إلا هذا الحائط، فردَّه رسولُ الله صلى الله عليه عليهما، ثم ماتا

---

(١) في الأصل (مسعود)، والتصحيح من سنن البيهقي وغيره.
(٢) رواه ابن أبي شيبة من حديث شريح بهذا موقوفا، واسناده اليه صحيح، كما في الدراية لابن حجر ١٤٥/٢، ولم أهتد اليه في المصنف، ورواه البيهقي ١٦٣/٦، وذكره ابن حزم في المحلى ١٧٧/٩ عن سفيان عن مسعر... قال ابن الهمام في فتح القدير ٤٢١/٥ "شريح من كبار التابعين، وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل" اهـ
(٣) السائبة: التي تسيب في المرعى، فلا ترد عن حوض ولا علف، وذلك اذا ولدت خمسة أبطن، كما في المفردات للأصفهاني ص/٢٤٦.
(٤) الوصيلة: هو أن أحدهم كان اذا ولدت له شاته ذكرا وأنثى قالوا وصلت أخاها فلا يذبحون أخاها من أجلها. كما في المفردات ص/٥٢٥.
(٥) الحام: قيل هو الفحل اذا ضرب عشرة أبطن، كان يقال حمي ظهره فلا يركب، المفردات ص/١٣٣.
(٦) هو عبد الله بن زيد بن عبد ربه الذي أري النداء - الأذان - فذكر الرؤيا - وفيها صفة الأذان - لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال له صلى الله عليه وسلم، انها لرؤيا حق ان شاء الله تعالى، فقم مع بلال، فألقها عليه فانه أندى منك صوتا" أخرجه الترمذي في سننه، الصلاة، باب ماجاء في بدء الأذان ٣٥٩/١ وقال: حديث حسن صحيح، وقد توسع في الكلام على هذه الرؤيا الحافظ ابن حجر في الفتح ٧٨/٢، ولعبد الله بن زيد هذا ترجمة في الاصابة ٣١٢/٢.
(٧) في الأصل (أدى).

فَوَرِثَهما"(١)

ورواه الأنصاري(٢) في كتابه في الوقف(٣) عن حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن أبي بكر[بن محمد](٤)بن عَمرو بن حزم نحو ذلك.

وذكر أبو الفضل محمد بن يحيى بن الفياض البَصْري صاحبُ الأنصاري(٥) أن عبد الوهّاب حدثه قال ثنا عبيد الله بن عمر(٦) عن بشير بن محمد"عن عبد الله بن زيد أنه تصدّق بحائطٍ له،فأتى أبواه النبيَّ صلى الله عليه وسلم،فقالا يارسول الله: إنه كانت تقيمُ وُجوهَنا،ولم يكن يقيمُنا شيءٌ غيرها.فدعا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عبدَ الله بن زيد فقال: إن الله قد قَبِلَ صَدَقَتَك وردَّها على أبويك،قال:وَوَرَّثَه إياها منهما بعد ذلك"(٧)

قال أبو الفضل،وحدثنا الأنصاري قال ثنا أبو أمية بن يعلى الثقفي قال ثنا أبو الزِّناد قال"جاء عبد الله بن زيد إلى رسول الله صلى الله عليه فقال يارسول الله:

كل شيء سوى سلاحي،وَسَكَني صدقة،يجعلُه رسولُ الله حيث شاء،فجعله رسولُ الله في الأوقاص يعني المساكين،فجاء أبواه إلى

---

(١) سنن الدارقطني ٢٠١/٤وقال حديث مرسل،لأن عبد الله بن زيد لم يدركه أبو بكر بن حزم،وكذلك قال الحافظ ابن حجر في النكت الظراف على تحفة الأشراف ٣٤٥/٤.وذكر هنا ابن حجر أن النسائي أخرجه في الكبرى،وقد أخرج هذا الحديث وبطرق أخرى الحاكم في المستدرك٣٤٨/٤لكن كلها مرسل فيها انقطاع بين عبد الله بن زيد والذي قبله،قال البيهقي في السنن ١٦٣/٦ وروي -هذا الحديث-من أوجه أخر عن عبد الله بن زيد كلهن مراسيل.
(٢) هو الامام العلامة المحدث الثقة قاضي البصرة محمد بن عبد الله الأنصاري وهو من كبار شيوخ البخاري،تفقه بزفر و أبي يوسف،توفي بالبصرة سنة خمس عشرة ومائتين،وعاش سبعا وتسعين سنة،له ترجمة في سير أعلام النبلاء ٥٣٢/٩،الجواهر المضية ١٩٩/٣.
(٣) ذكره الحاج خليفة في كشف الظنون ٢١/١.
(٤) ساقطة من الأصل،وأثبتها من كتب السنن.
(٥) في الأصل(الأنصار)بدون ياء،وأبو الفضل هذا هو ممن يروي عن محمد بن عبد الله الأنصاري المتقدمة ترجمته في حاشية رقم/٢،كما في تهذيب الكمال ١٢٨٨/٣،وسيأتي بعد سطور قوله: قال أبو الفضل حدثنا الأنصاري ... ولعله من أخص أصحابه حتى قيل صاحب الأنصاري،والله أعلم.
(٦) في الأصل(عبد الله بن عمر)،والتصويب من الدارقطني ٢٠١/٤ المستدرك ٣٤٨/٤.
(٧) أخرجه الحاكم في المستدرك ٣٤٨/٤ وقد بين الذهبي في تلخيصه أنه منقطع.

النبي صلى الله عليه وسلم فقالا: إن بُنَيَّنَا تصدَّق بأرضٍ له، وإنه ليس لنا شيء إلا أن نسأل مع الأوقاص. فقال لهم النبيُّ صلى الله عليه وسلم: قد رَدَدْتُ عليكما صدقَةَ ابنِكما، فَكُلَا، واتَّقِيَا اللهَ. فأكلاها حتى ماتا؛ فقال عبد الله: قد مات أبواي، فهي حِلٌّ لي؟ فقال رسول الله نعم، فكُلْها هنيئا"(١)

وهذه الأخبار تدل على أن وقفه إياها لم يُخرِجْها عن ملكه، ولا مَنَعَ انتقالَ الملك منها، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ردَّها إليه بعدما وقفها على المساكين.

*** ومن جهة النَّظَر: إن وقف الأرض إنمايصح عند مجيزيه لأجل الصدقة والقُربة التي في إخراج غَلَّتها، وهو لوتصدَّق بالغلة وهي موجودة، لم تخرج عن ملكه بالقول حتى يَقبِضَها المُتَصدَّقُ بها عليه.

فالأرض التي لا يستحقها الفقراء أحرى أن لا تخرج عن ملكه بوقفه إياها.

ومن الدليل على أن إيجابه الصدقة فيها لا يوجب إخراجها عن ملكه "أن النبي صلى الله عليه وسلم ساق البُدْنَ عام الحُدَيْبِيَة(٢)، وقلَّدَها(٣).

وذلك يقتضي إيجاباً منه لها، ثم صَرَفَها عما أوجبه له، وجعلها للإحصار(٤)، ولم يمنع الإيجاب بها من غير جهة الإحصار من نَقْلِها إلى الإحصار، ولو كان ملكه زائلاً عنها، لما صحَّ نقله إلى غير الوجه الذي استحق عليه بالإيجاب.

ويدل على أنه قد كان أوجبها، أنه أبدلها في العام القابل(٥)

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن ٢٠٢/٤ وقال: هذا مرسل، وأبو أمية بن يعلى متروك.
(٢) صحيح البخاري، الشروط، باب الشروط في الجهاد ٣٣١/٥.
(٣) تقليد الهدي هو أن يعلق بعنق البعير قطعة من جلد، ليعلم أنه هدي، فيكف الناس عنه، كما في المصباح المنير (قلد).
(٤) صحيح البخاري ٣٣٢/٥، وأيضا كتاب المحصر، باب اذا أحصر المعتمر ٤/٤.
(٥) وهي عمرة القضاء التي فعلها صلى الله عليه وسلم من العام المقبل لعمرة الحديبية حين صده المشركون، وقد ذكر هذه العمرة البخاري رحمه الله في صحيحه، العمرة، باب كم اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم ٦٠٠/٣.

ولو لم تكن الأولى واجبة لما كان الثاني بدلا.

فإن قيل: معلوم أن الذي جعله للإحصار بدنة واحدة، وعسى أن لا يكون قد كان أوجب تلك الواحدة قبل الإحصار.

قيل له: يبطله قوله أنه أبدلها في العام القابل، وعلى أنه فرّق البُدْن على أصحابه حتى نحروها عن الإحصار.

*** ودليل آخر: وهو أنه لو خرج عن ملكه بالوقف، لكان فيه إزالة المال لا إلى مالك بقوله، فوجب أن لا يصح، كرجل قال: أخرجتُ هذه الدار عن ملكي، فلا يصح.

فإن قيل: فالمسجد فيه إزالة الملك لا إلى مالك، وقد صح عند الجميع.

قيل له: للمسجد قابض، وهو الذي يصلي فيه، لأنه لا يخرج عن ملكه إلا أن يُصَلّى فيه، والمصلّي فيه قابض له عن نفسه، وعن جماعة المسلمين، فخرج عن ملكه، كمَن تصدّق على رجل بصدقة وأقبضها إياه.

وأما الوقف فليس له قابض، وإنما يخرج عن ملكه لو جاز بقوله، وهذا الذي أشبتناه قياساً على قوله: قد أخرجتُ هذه الدار عن ملكي، فلا يزول عن ملكه بقوله.

فإن قال قائل: الوقف أيضاً له قابض، بمنزلة الصدقة والمسجد، بأن يجعله الواقف على يد غيره، فيَخْرُج عن ملكه بقبضه.

قيل له: إذا كان القابض إنما يصح قبضه بقول الواقف وتوكيله إياه بالقبض/فليس ذلك بقبض، لأن يد وكيله كيده /١١٥
فهو مع ذلك باقٍ في يده مع تسليمه إلى مَن أمَرَه بقبضه، ومع هذا فلم يُخرجه ذلك مِن أن تكون صحة القبض أيضا متعلقة بقوله، فيكون خارجاً عن ملكه بقوله لا إلى مالك، وهذا فاسد بما دللنا عليه.

وأيضا فغير جائز قياس الوقف على المسجد، لأن ما يصح المسجد مِن أجله لا يصح تمليكه، ولا أخذ البدل عنه، وهو الصلاة

فيه،فلذلك جاز خروجه عن ملكه،إذْ كان ذلك حقاً خالصاً لله تعالى.

وأما الأرض فإن غلّتها التي يصح الوقف من أجلها،يصح أخذ البدل عنها وتمليكها،فالأصل أحرى أن يجوز نقل الملك فيها مع وقفه إياها.

فإن قال قائل:اعتلالك بأن في تصحيح وقفه إزالة ملكه لا (١) إلى مالك بقوله،منتقض بإجازتك الوقف في الوصية.

(٢) قيل له:إنما أجيزه إذا أضافه إلى ما بعد الموت،لأن الموت يوجب زوال ملكه،فلم يزل بقوله، وإنما حظ قوله فيه منع انتقاله إلى الوارث إذا كان في الثلث الذي يملكه الميت فليس ذلك إزالة ملكه لا إلى مالك بقوله.

*** واحتج مخالِفُنا بما"روى ابنُ عَوْن وغيره عن نافع عن ابن عمر عن عمر قال:

أصبتُ أرضاً مِن خيبر،ما أصبتُ مالاً أنفسَ عندي منها،فأتيتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم أستَأمِرُه،فقال:إن شئتَ حبست أصلها،وتصدّقتَ بها" (٣)

وفي بعض ألفاظ هذا الحديث "وتصدّقتَ بثمَرَتِها" (٤)

وفي بعضها "إن شئتَ أمسَكْتَ أصلَها،وتصدقت بثمرتها" (٤)

"قال:فتصدَّقَ بها عمرُ على أن لا تُبَاع،ولا تُوهب،ولا تُورث.حتى تصدق بها في الفقراء والاقربين"وذكر الحديث. (٥)

ومارُوي في أوقاف النبي صلى الله عليه وسلم،وأوقاف علي، وسائر الصحابة رضي الله عنهم،وبأنَّ عثمان اشترى بئر رُومة في أيام النبي صلى الله عليه وسلم،وجَعَلَها للمسلمين. (٦)

---

(١) في الأصل (ملك).
(٢) في الأصل (فان قيل).
(٣) صحيح البخاري،الشروط،باب الشروط في الوقف ٣٥٤/٥،صحيح مسلم،الوصية،باب الوقف ١٢٥٥/٣.
(٤) صحيح البخاري،الوصايا،باب وما للموصي أن يعمل في مال اليتيم ٣٩٢/٥ بلفظ "ولكن ينفق ثمره".
(٥) تتمة الحديث المخرج في حاشية (٣).
(٦) صحيح البخاري،الوصايا،باب اذا وقف أرضا أو بئرا ٤٠٦/٥.

الجواب:

أنه ليس فيما ذكره ما يعترض به على قولنا ولا يخالفه، وذلك لأنا نجيز جميع ذلك على ما روي في هذه الأخبار، وليس في شيء منها بيان الخلاف بيننا، لأنا نقول يجوز أن يحبس أصلها، ويتصدق بثمرتها، ويشترط فيها أنها لا تباع ولا تورث، ويكون ذلك عِدَةً منه في أن لا يبيعها، وأمراً للورثة أن لا يعترضوا في فسخها، وإبطالها.

وليس في شيء منه دليل على منع البيع، وانتقال الملك فيها، وإنما بَقِيَتْ أوقافُ الصحابة بعدَهم على مرِّ السنين والأوقات، لأن ورثتهم أمضوا على ما كان الواقف شرطه فيها.

وأما وقف النبي صلى الله عليه وسلم فلأنه قال: "إنَّا معاشرَ الأنبياء لا نُورَث، ما تركنا صَدَقة"(1)، هكذا رواه مالك بن أَوْس بن الحَدَثَان عن عمر.

"واستشهد عمرُ على ذلك علياً، والعباس، وطلحة، والزبير في آخرين من الصحابة رضي الله عنهم، فصدَّقوه، واعترفوا به"(2)

وإذا كان ذلك سبيل أملاك النبي صلى الله عليه بعد موته، فلا دلالة فيه على صحة الوقف في أملاكنا على الوجه الذي ذهب إليه مخالفنا، لأنه لو لم يكن وقَفَها، لكانت وقفا بعد موته.

فإن قيل: هذا الخبر يردّ ظاهرَ الكتاب، لأن الله تعالى قال حاكياً عن زكريا: {فَهَبْ لي مِن لَدُنْكَ وليًّا * يَرِثُني ويرثُ مِن آلِ يعقوب}(3)، فأخبر أن ابنَه يرثه.

قيل له: لا يجوز أن يكون المراد وراثةَ المال، وإنما المعنى فيه وراثة النُّبوة، والحِكْمَة، والقيامِ بالشريعة.

---

(1) أخرجه البخاري في حديث طويل في صحيحه، فرض الخمس، باب فرض الخمس ١٩٧/٦، صحيح مسلم، الجهاد والسير، باب حكم الفيء ١٣٧٨/٣ كلاهما بلفظ "لا نورث، ما تركنا صدقة"، وهو عند أحمد في المسند ٤٦٣/٢ بلفظ "انا معشر الأنبياء لا نورث ..."
(2) كما هو وارد في قصة الحديث عند البخاري ومسلم.
(3) من سورة مريم، آية رقم/٥-٦.

وذلك لأنه قال:{وإني خفتُ المواليَ مِن وَرَائي}(١) ومعلوم أن النبيَّ عليه السلام لا يأسف على أن يصير المال لمستحقِّه،بل كانت الدنيا أهونَ في عَيْنه في حال حياته مِن أن يأسف بعد موته أن يصير لبني أعمامه(٢).

فدل أن المرادَ وراثةُ العلمِ،والقيامِ بالدِّين،كما قال الله تعالى{ثمَّ أَوْرَثْنَا الكتابَ الذِيْنَ اصْطَفَيْنَا مِن عِبَادِنا}(٣)

وكما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم"إن العلماءَ ورثةُ الأنبياء،والأنبياء لم يورِّثوا ديناراً ولا درهماً،إنما أورثوا العلم،فمَن أَخَذَ به فقد أَخَذَ بحظٍّ وافرٍ"(٤)

فصل: [الوقف في المرض]

(قال أبو جعفر:إذا وَقَفَها في مرضه الذي مات فيه فخرج مخرج الوصايا،جاز كما تجوز الوصايا)

قال أحمد:هذا الذي ذكره أبو جعفر عن أبي حنيفة مِن إجازته الوقف في المرض،فإنه شيء لا نعرفه،ولم نقرأ عنهم إلا مِن جهة أبي جعفر،(وقد روى محمد عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في المرض أيضاً،وإنما يجوز بعد الموت،وهذا هو الصحيح من قوله).

قال: [جواز الوقف عند أبي يوسف،وصفته]

(وقال أبو يوسف:يجوز الوقف وإن كان مُشَاعا،وغيرَ مقبوض)

وذهب فيه إلى حديث عمر في قصة خيبر"حَبِّس أصلها"(٥)وفي بعض الألفاظ"أمسك أصلَها،وتصدَّقْ بثمرتها"(٥)،ولم يشرط فيه القبض.

وكان الذي تصدق به عمرُ من سَهْمِه بخيبر مُشَاعاً،لأنه إنما

---

(١) من سورة مريم،آية رقم/٥.
(٢) وهم المراد من قوله "الموالي"،ينظرتفسيرابن كثير٣/١١١.
(٣) من سورة فاطر،آية رقم/٣٢.
(٤) صحيح البخاري،العلم،باب العلم قبل القول والعمل ١/١٦٠ بلفظ"ان العلماء هم ورثة الأنبياء ورثوا العلم،من أخذه أخذ بحظ وافر"وبلفظ"الانبياء لم يورثوا دينارا..."أخرجه الترمذي في سننه،العلم،باب ماجاء في فضل الفقه على العبادة ٥/٤٩وهو صحيح أو حسن على قاعدة الحافظ ابن حجر رحمه الله فقد ذكره في زيادات المتن في الفتح ١/١٦٠.
(٥) تقدم ص/٤٢٩،حاشية (٤).

قَسَّم خيبر في أيامه[1] بين مَن شَهِدَ فتحَ خيبر.وكان له فيها سهم.

وفَرَّق بين هذه الصدقة،وبين صدقة الأعيان،ولا خلاف بين أصحابنا في أن مِن شَرْطِ صدقة الأعيان الحِيازة والقبض جميعاً فيما يُقْسَم.

ووجه الفرق بينهما عنده،أن الحق الذي تعلَّقت به القُربة في الوقف،ليس هو العين التي عُقِدَ الوقف فيها،ولا اعتبار فيه بالقبض والحِيازة،لأنه ليس هو المملوك به/وصدقة العين هي ١١٦/
المملوكة بنفسها.فلذلك اعتبر فيها القبض والحيازة.

(ويجوز عند أبي يوسف إذا قال:حَبْساً موقوفاً،أو حَبْساً صَدَقة، فإذا انقَرَضَ أهلُ الوقف،رَجَعَتْ إلى الله مصروفةً في وجوه القُرَب منه)

وذلك لأن النبي عليه السلام قال لعُمَر:"حَبِّسْ أَصْلَها"[2] فأجازه بلفظ الحبس،وإن لم يذكر فيه التأبيد.فجعل أبو يوسف ذلك بمنزلة العِتق أنه يصح بالقول،وفي المَشاع.

وروي نحوه عن المسعودي القاسم[3] قال:مَن تكلَّم بصدقة جازت صدقته،كما يجوز عتقه.

(وأجاز أبو يوسف أن يجعلَه الواقفُ لها،وقفاً على نفسه،أو على مَن سواه)

وذلك كما يجوز أن يشرط لغيره.كذلك لنفسه.لأن الأصل قد خرج عن ملكه بوقفه اياه.فله في عقد الوقف أن يجعله لمن شاء.

[الشروط المفسِدَة للوقف عند محمد]

(وأما محمد فإنه يجيز الوقف في الحياة.إلا أنه إذا كان

---

(١) وذلك حين أخرج اليهود وأجلاهم عن خيبر.
(٢) تقدم ص/٤٢٩.حاشية (٤).
(٣) في الأصل(المسعودي عن القاسم).والصواب ما أثبت حيث ان القاسم هذا هو القاسم بن معن المسعودي الامام الفقيه المحدث الثقه،النحوي،قاضي الكوفة ومفتيها في زمانه.ومن أكبر وجلة تلامذة الامام أبي حنيفة.توفي سنة/١٧٥/هـ.له ترجمة في سير أعلام النبلاء ١٩٠/٨،الفوائد البهية ص/١٥٤.وقد جاءت نسبة المسعودي له نسبة لجد والده الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.ولم يذكر المزي له في تهذيب الكمال ١١١٧/٢(ممن روى عنه أحد نسبته المسعودي،ولم اهتد لتخريج قوله.

فيه إحدى خِلال يبطل:

وهو أن يكون مُشاعاً، أو غير مقبوض، أو مستثنياً الواقفُ لنفسه فيه شرطاً، أو كان غير مؤبَّد، أولم يجعل آخرَه للفقراء والمساكين، أو في وجه من وجوه القُرَب)، وإنما شَرَط فيه القبض والحِيازة، كما شَرَط في صدقة الأعيان، ومَنَعَ أن يَشْرِطَ لنفسه فيها شيئاً، كما مَنَعَ فيه المَشاع، لبقاء حقه في المشاع الذي يمكن قسمته، لأن الثمرة والغلة مما يتأتى فيه القسمة.

وأيضا "مَنَعَ النبيُّ عليه السلام عمرَ بن الخطاب حين حَمَلَ على فرس في سبيل الله أن يرجع فيه، أو في شيءٍ من نَسْلِها بشِرًى أو غيره"(١)، فكذلك الصدقة الموقوفة.

ولم يجزها إذا لم يشترط آخرَها للفقراء والمساكين، لأنه متى لم يكن كذلك، رَجَعَ إليه عند انقراض أهلِ الوقف، فيكون بمنزلة أن يستثني لنفسه فيه شرطاً.

مسألة: [لا يجوز الوقف في المنقول إلا تبعاً]

(قال: ولا يجوز الوقف في عبدٍ، ولا في شيءٍ سوى العقار والأرضين، إلا أنْ تكون أرضاً فيها بَقَر وعبيد لمصالحها، فيشترط وقفها مع الأصل)

وذلك لأن هذه الأشياء لا تبقى مؤبَّدة، فتكون وقفاً بمنزلة وقف إلى مدة، فلا يجوز.

وأما إذا كان شيء من العبيد والبقر لمصالح الضَّيْعة(٢)، فإنه يجوز شرطه في الوقف، لأنه يدخل فيها على وجه التَّبَع، وإن لم يصح وقفه على حِدَة، كما يدخل الشِّرب في البيع تَبَعاً للأرض، وكذلك حقوق الدار، ولو أفردها بالعقد لم يصح.

قال: [وقف الخَيل]

(وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بحبس الخَيل في سبيل الله)

---

(١) صحيح البخاري، الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته ٢٣٥/٥، صحيح مسلم، الهبات ١٢٣٩/٣ وقد ذكره المصنف بالمعنى.
(٢) تقدم ص/٤٠٣، حاشية (٢) أن الضيعة هي العقار والأرض المغلة.

وذلك لما روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما،(١) ولا يُعرف عن أحد من السلف خلافه.

ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم "الخيلُ ثلاثة: هي لرجلٍ أَجْر، ولآخر سِتْر، وعلى آخر وِزْر، فأما الذي له الأجر فالذي يحمِلُ عليها في سبيل الله"(٢) عمومه يقتضي جواز حَبْسِها للحمل عليها في سبيل الله، إذ لم يفرِّق بين ما كان منها محبوساً، أو موهوباً، أو مُعَاراً.

مسألة: [أحكام الهِبَة: القبض في هبة الأعيان]

(ولا تجوز الهبة في الأعيان إلا مقبوضة)، وذلك لما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: "يقول ابنُ آدم مالي مالي، وما لَك من مالِكَ إلا ما أكلتَ فأفنَيْت، أو لبِسْتَ فأبلَيْت، أو تصدَّقتَ فأمْضَيْت"(٣)، فشَرَط في صحة الصدقة إمضاءَها، ومع صحتها بالقول دون إمضائها، وهو الإقباض والتسليم، فدل أنها لا تصح إلا مقبوضة.

ويدل عليه "قول أبي بكر الصديق في مرضه لعائشة رضي الله عنهما:

إني كنتُ نحلتُك جَدَاد(٤) عشرين وَسْقاً من مالي بالعَالِيَة، وإنك لم تكوني حُزْتِيه، ولا قَبَضْتِيه، وإنما هو مال الوارث، وإنما هما أَخَوَاك وأخْتَاك. فقالت عائشة: وإنما هي أسماء. فقال: أُلْقِيَ في رُوْعِي أن ذا بطنٍ بنتَ خارجة جاريةٌ، لامرأةٍ له كانت حاملاً"(٥)

---

(١) المحلى ١٧٥/٩.
(٢) صحيح البخاري، الجهاد، باب الخيل لثلاثة ٦٣/٦، صحيح مسلم، الزكاة، باب اثم مانع الزكاة ٦٨٣/٢.
(٣) صحيح مسلم، الزهد والرقائق ٢٢٧٣/٤.
(٤) الجداد بالفتح والكسر: صرام النخل، وهو قطع ثمرتها، يقال جد الثمرة يجدها جدا، والمراد: نحلتك نخلا يجد منه ما يبلغ عشرين وسقا، النهاية لابن الأثير ٢٤٤/١، والوسق ستون صاعا، النهاية ١٨٥/٥.
(٥) الموطأ، الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل ٧٥٢/٢، مصنف عبد الرزاق ١٠١/٩، سنن البيهقي ١٦٩/٦-١٧٠ من طريق مالك، وأخرجه في ١٧٨/٦ من طريق شعيب عن الزهري، وأخرجه ابن سعد في الطبقات ١٩٤/٣، ١٩٥ من طريق ابن عيينة عن الزهري، ومن حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة.
وقد ذكر هذا الأثر الزيلعي في نصب الراية ١٢٢/٤، ولم يتكلم عليه بشيء، وكذلك ابن حجر في الدراية ١٨٣/٢.
وذكر الزيلعي أن بنت خارجة هي زوجة أبي بكر رضي الله عنه.

فقال ذلك بحضرة مِن الصحابة، مِن غير نكيرٍ مِن أحدٍ منهم عليه، فدلّ على موافقتهم إياه.

وقد انتظم هذا الخبر أحكاماً، منها: أن مِن شَرْطِ صحة الصدقة الحيازة والقبض جميعاً، فدل على بطلانها في المَشاع التي يمكن قسمتها، وإن قبض، لعدم الحيازة.

وعلى بطلانها في الثمرة في رؤوس النخل والزرع القائم في الأرض، لعدم الحيازة.

ومنها: أنه إذا أضافَ المالَ الذي له في المرض إلى الوارث يثبت (١) حقه فيه.

ودلّ على أن الهبة غير جائزة للوارث في المرض، وأنها بمنزلة الوصية.

ودل أيضاً على أنه جائز للإنسان أن يُخْبِرَ عمّا يغلِبُ في ظَنّه مِن كون الحَمْل غلاماً أو جارية.

ومما يدل على أن مِن شرط الهبة والصدقة القبضُ، أنهما تبرّعٌ ومعروفٌ مِن جهة الواهب والمتصدق، فأشبَهَتا (٢) القرض، مِن حيث كان تبرعاً ومعروفاً لم يصح بالقول دون معنى ينضم إليه.

ويشبهان العاريّة أيضا، لما كانت تبرعاً ومعروفاً، لم يثبت حكمها بالقول دون معنى ينضم إليه، لو قال لرجل: أعرتُكَ دابتي هذه، لم يثبت له عليه بها حق ولا مطالبته في تسليمها إليه.

وكذلك لو قال أعرتُكَ شهراً، لم يثبت حكمها بالقول دون معنى ينضم إليه، فوجب أن تكون الهبة والصدقة مثلُها في أنهما لايصحّان بالقول.

وإذا ثبت أنهما مُفْتَقِرَتان في صحة وقوع الملك بهما إلى معنى غير القول، ولم يشرط أحد فيهما معنى غير القبض، وجب أن يكون القبضُ هو الذي يصح به وقوع الملك بعقد الهبة والصدقة.

---

(١) في الأصل (لثبوت).
(٢) في الأصل (والصدقة).

ولا يلزم على ما ذكرنا الوصية، لأنها أيضا لا تصح بالقول، ولا تُملك به دون معنى آخر ينضم إليه، وهو الموت.

ولو جعلنا الوصية / أيضاً أصلاً للهبة والصدقة جاز أيضا، في باب أنه لا تُملك فيها بالقول دون معنى آخر ينضم إليه، إذ كانت تبرعاً ومعروفاً، فوجب أن تكون كذلك الهبة والصدقة، لوجود العلة. ١١٧/

ثم اختلافهما مِن جهة أن المعنى المضموم إلى الهبة والصدقة هو القبض، والمضموم إلى الوصية هو الموت لم يمنع الجَمْع بينهما من الوجه الذي ذكرنا، وهو أن كل واحدٍ منهما لايوجب الملك بالقول دون انضمام معنى آخر إليه.

وإنما لم تحتج الوصية إلى القبض في صحة وقوع الملك به بعد الموت، مِن قِبَل ان الموت سبب لزوال الملك، سواء كانت هناك وصية، أو لم تكن، فإذا زال الملكُ فيه بالموت، كان له صرفه بالقول إلى مَن شاء إذا خرج من الثلث.

مسألة: [الأولياء في قبض ما وهب للطفل]

(قال أبو جعفر: ويقبض للطفل أبوه، أو وصيّ أبيه، أو جَدّه إن لم يكن هذان، ووصيّ الجد). وذلك لأن لَهُم ولاية على الصغير، وكذلك كل مَن يتصرَّف عليه بالبيع والشرى، فإنه يقبض له الهبة، كما يقبض سائر حقوقه، ويتصرَّف عليه في سائر العقود التي يستحق التصرف فيها.

(قال: ويقبضها له أيضاً مَن هو في عياله، وإن لم يتصرف عليه بالبيع، مثل العمّ والأم، والملتَقِطُ يقبض للَّقِيط أيضاً).

وهو استحسان، ووجهه أنه ليس فيه ضرر على الصغير، بل فيه نفع له، والذي هو في عياله له ضَرب من الولاية عليه في إمساكه والملتَقِط له ضرب من الولاية، ألا ترى أنه لو أراد غيرُه انتزاعَ الصبي منه كان الذي التقطه بَدءاً أولى بإمساكه.

مسألة: [العَدْل بين الأولاد في العَطايا]

(قال أبو جعفر: ينبغي للرجل أن يعدِل بين أولادِه في

العَطايا،والعدل في ذلك في قول أبي يوسف،التسويةُ بينهم،وفي قول محمد:يُجْريْهِم على سبيل مواريثهم منه لو تُوفِّي).

وجه قول أبي يوسف حديث"الشَّعْبي عن النُّعمَان بن بشير قال نَحَلَني أبي نُحْلاً،فقالت أمي عَمْرة بنتُ رَوَاحة (١) ائتِ النبيَّ صلى الله عليه وسلم فأَشْهِدْه،فأتَى النبيَّ عليه السلام،فَذَكر ذلك له، فقال:أَلَكَ سواه؟قال:نعم،قال:وكُلَّهُم أعطيتَ مثلَ ما أعطيتَ النعمان؟فقال:لا،فقال:هذا جَوْر،فأَشْهِدْ على هذا غَيْري"(٢)فقوله "أَلَكَ سواه؟"،وقوله"أعطيتَ كلَّهم مثلَ ما أعطيتَ النعمان؟" مِن غير فرق بين الذَّكَر والأنثى،يدل على أنهما متساوِيَان فيه.

"وروى عبد الله بن مسعود أن رجلاً أتى النبيَّ صلى الله عليه وسلم فقال:إني تصدقتُ على ابني صَدَقَةً فاشْهَدْ،قال:أَلَكَ ولد غيره؟قال،نعم،قال:قد أعطيتَهم كما أعطيتَه؟قال:لا،قال:لا أَشْهَدُ على جَوْر"(٣).

وهذا أيضاً يدل على التسوية،لأنه قال:هل لك ولد غيره؟ولم يسأله عن الذكر والأنثى منهم،وأوجب أن يساوي بينهم في العَطايا.

ويدل عليه أيضا ما روي في بعض ألفاظ حديث النعمان بن بشير حين قال:أَشْهِدْ على هذا غيري،ثم قال:"أَيَسُرُّك أن يكونوا لك في البِرّ سواء،قال:بلى،قال:فلا إذا"(٤)

ومعلوم أن محبَّتَه لمساواتهم في البِرّ،لا تختص بالذكر دون الأنثى،وكذلك فيما يعطيهم.

ويدل عليه ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا الحسن ابن علي بن محمد بن سليمان القطَّان قال حدثنا عَبَّاد بن موسى قال حدثنا إسماعيل بن عيَّاش قال حدثنا سعيد بن يوسف الرَّحَبي

---

(١) في الأصل (رفاعة)،والتصويب من كتب السنن.
(٢) صحيح البخاري،الهبة،باب الاشهاد في الهبة ٢١١/٥،صحيح مسلم،الهبات،باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ١٢٤١/٣-١٢٤٢.
(٣) سنن النسائي،النحل ٢٦١/٦ من حديث عبد الله بن عتبة بن مسعود.
(٤) صحيح مسلم ١٢٤٤/٣.

عن يحيى بن أبي كثير اليَمَامي (١) عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ساوُوا بين أولادكم في العطيّة،فلو كنتُ مفضِّلاً فَضَّلْتُ البنات" (٢).فلم يفرِّق بين الذكور والإناث حين أَمَرَ بالمساواة بينهم.

وقوله "ولو كنتُ مفضِّلاً فَضَّلْتُ البنات"يدل على التسوية أيضا.

(وقال محمد:يُجْرِيهم على سبيل المواريث)،لأنه لو ماتَ استحقّوا مالَه كذلك،وكذلك في الحياة،وإن فعل خلاف ذلك جاز في الحكم،لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث النعمان بن البشير"هذا جَوْر،أَشْهِدْ عليه غيري".فأجاز له الهبة،ولولا ذلك لما قال:أشْهِدْ عليها غيري.

مسألة: [الهبة على عوض]

(والهبة على عِوضٍ،عَقْدُها عَقْدُ هبة،وجوازُها جوازُ البيع،فلا يصح العقد وإن شُرِطَ فيه عوض،إلا بشرائط العقد الذي ليس فيه عوض مشروط من القبض والحيازة،فإذا قُبِضَتْ وصَحّت كانت بمنزلة البيع في وجوب الشفعة والضمان،والرد بالعيب ونحوها).

قال أحمد:وجعلَه زُفَر بمنزلة البيع في سائر أحكامه،فأجازه غيرَ مقبوض،وفي المَشاع كما يجوز البيع.

/١١٨ والأصل فيه أنهما/دَخَلَا في عقد هبة،فلا يلزمهما عقدٌ غيره، وكما أنه إذا كاتَبَ عبدَه،لم يجعله عتقاً على مال،وإذا باعه لم يجعله هبة،لأن كل متعاقدَيْن دَخَلَا في عقد،فإنما تلزمهما أحكامُه،ولا يلزمهما عقد غيره،ألا ترى أنهما إذا تقايلا في عقد البيع،لم يجز لنا أن نجعلها عقداً مستبدَلاً من حيث كان عقداً فيه بدل،في باب أنه لا يجوز إلا بتسمية ثمن،ولا يجوز على القيمة،كذلك إذا عَقَدَا عقد هبة وإن شَرَطا فيها عوضاً،لم يجز أن نجعلها عقد بيع.

---

(١) في الأصل(اليماني)والتصحيح من تقريب التهذيب ص/٥٩٦ برقم(٧٦٣٢).

(٢) سنن البيهقي ١٧٧/٦من طريق سعيد بن منصور،وسنده حسن كما في فتح الباري ٢١٤/٥ وقد توسع في تخريجه الزيلعي في نصب الراية ١٢٣/٤،وابن حجر في التلخيص الحبير ٧٢/٣.

وكما لو أوصى لرجل بغير شرطِ عوضٍ،كانت وصيته صحيحة لايبطلها عدم القبول عقيب الموت،ولم يُخرجها شرطُ العِوَض عن حكم الوصايا.

ألا ترى أنها لو كانت بمنزلة البيع لما صح،لأن وقوعه متعلقاً بالموت،حتى إذا صح لهم البدل صار بمنزلة البيع.

وإذا كان ذلك على ما وصفنا،قلنا لم يخرج العوض المشروط في الهبة مِن أن يكون عقد هبة،ثم إذا تقابضا صار بمنزلة البيع في سائر أحكامه،لأنه مَلَكَه ببدل هو مال،وكل واحد منهما مضمون على صاحبه ببدله.

ألا ترى أنه لو استحق أحدهما،كان له أن يرجع في الآخر إن وجده قائماً بعينه،ويضمِّنه قيمتَه إن كان مستهلكاً.فلما صح له حكم البدل،صار كالبيع.

مسألة: [قبض الأب عن ابنه الصغير ما وَهَبَه له]

(قال:وللأب أن يقبِض لابنه الصغير ما وهبه له).

وذلك لأنه لو وَهَبَ له غيرُه،كان هو القابض له،كذلك إذا وَهَبَ له هو،لأنه لا يتعلق به ضمان،ولفائدة عليه[(1)] قبض له.

"وروى سعيد بن المسيَّب عن عثمان أنه قال:مَن نَحَل ولداً صغيراً [له][(2)]،لم يبلغ أن يَحُوزَ نُحْلَه،فأعلن بها،وأشهدَ[(3)] عليها،فهو جائز،[وإن وَلِيَها أبوه][(2)(4)]"

[جواز قبض الصغيرِ العاقلِ الهبةَ لنفسه]

(ولو قَبَضَه الصغيرُ،وهو يعقل جاز)،"لما روى محمد بن إسحاق عن يحيى بن عبَّاد بن عبد الله بن الزبير عن عائشة قالت:أهدى النجاشيُّ لرسولِ الله صلى الله عليه وسلم حِلْيَة فيها خاتَم، فدعا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم [ابنة][(5)] ابنتِه أُمَامَةَ بنتَ

---

(1) أي تعود عليه.
(2) ساقطة من الأصل،وأثبتها من كتب السنن ليتم المعنى.
(3) في الأصل(فأعان)،والتصويب من كتب السنن.
(4) الموطأ،الوصية،باب ما يجوز من النحل ٧٧١/٢،سنن البيهقي ١٧٠/٦،المحلى ١٢٢/٩.
(5) ساقطة من الأصل وأثبتها من طبقات ابن سعد ٤٠/٨.

أبي العاص فقال: تحلّي بهذا (١) يا بُنيّة (٢)".

مسألة: [الرجوع في الصدقة والهبة]

(قال: وكلّ صدقة صحّت، فليس فيها رجوع بحال، وكلّ هبة صحت لذي رَحِم مَحْرم أو على عوض، فلا رجوع فيها، وله الرجوع فيها إذا لم يُعَوَّض منها، ولم تكن لذي رَحِم مَحْرم).

فأما الصدقة فلا خلاف (٣) أنه لا يصح الرجوع فيها بعد صحتها، والهبة لذي الرَّحِم المَحرم في معنى الصدقة، لأنه قد استحق عليها الثواب بصلة الرحم إذ (٤) كان موضوعُها موضوع القُربة، كالصدقة سواء.

ومِن الناس مَن يجيز للأب الرجوع فيما وَهَبه لابنه، ولا يصح عندنا الرجوع فيما وَهَبَ له ما دام مستغنِيَاً عنها، فإن احتاج إليها، جاز له أخذها، كما يأخذ مِن سائر ماله للنفقة على نفسه.

وذلك لأن المعنى المانع مِن الرجوع في هبته سائرَ ذوي الرَّحِم المَحرم، موجود في الابن، وهو أن موضوعها موضوع القُرَب لما فيها مِن صِلَة الرَّحِم، فأشبهت الصدقة.

ومعنى ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لايحلّ لأحدٍ أن يَهَب هِبَةً، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما وَهَبه لولده (٥)"، فإنه إباحةٌ لأخذها عند الحاجة.

وقد يجوز أن يسمّى ذلك رجوعاً فيها، وإن عادت إليه بملك مستقبَل، كما روي "عن عمر أنه حَمَل على فرس في سبيل الله، ثم

---

(١) في الأصل (هذا)، والتصويب من طبقات ابن سعد ٨/٤٠.
(٢) أخرجه ابن سعد في الطبقات ٨/٤٠، وأحمد في مسنده كما في الاصابة ٤/٣٣٦ وقد ذكره ابن حجر ولم يعلق عليه بشيء، ويحيى ابن عباد ثقة كما في التقريب ص/٥٩٢، وروايته عن عائشة رضي الله عنها مرسلة.
(٣) المغني ٦/٢٩٨.
(٤) في الأصل (اذا).
(٥) سنن الترمذي، البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة ٥/٥٩٢-٥٩٣، وقال حديث حسن صحيح، سنن النسائي، النحل، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده ٦/٢٦٥، سنن أبي داود، البيوع، باب الرجوع في الهبة ٣/٨٠٨، سنن ابن ماجه، الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ٢/٧٩٥ وصححه الحاكم في المستدرك ٢/٤٦ ووافقه الذهبي، وقال ابن حجر في الفتح ٥/٢١١ رجاله ثقات.

وَجَدَها تُباع في السوق،فأراد أن يشتريَها،فسأل النبيَّ عليه السلام،فقال له النبيُّ عليه السلام:لا تَعُدْ في صدقتك"(١).

فسمى شراه إياها رجوعاً في الصدقة،بأن عادت إليه بملكٍ مستقبَل.

كذلك قوله "إلا الوالد فيما يَهَبُه لولده"،وهو في هذا المعنى.

وفائدة الخبر أن الهبة لذي الرَّحِم المحرم،لمَّا كانت في معنى الصدقة،لِمَا استحق بها من الثواب،قد كان يجوز أن تشبه إباحةَ الرجوعِ فيها عند الحاجة،فأفاد عليه السلام أنه جائز له أخذها عند الحاجة،كما يأخذ سائر ماله،وإن كانت مملوكة من جهته على وجه الهبة.

فصل: [أدلة جواز الرجوع في الهبة]

والحجة في جواز الرجوع في الهبة لغير ذي الرحم المحرم إذا لم يَعْتَضْ عنها ما حدثنا محمد بن بكر البَصري قال حدثنا أبو داود السِّجِسْتَاني قال حدثنا سليمان بن داود المَهْري قال أخبرنا ابن وهب قال أخبرني أسامة بن زيد أن عَمْرو بن شعيب حدثه عن أبيه عن جَدّه عبد الله بن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:

"مَثَلُ الذي استردَّ ما وَهَبَ،كمثل الكلب يقيءُ فيأكل قيئَه،فإذا استردَّ الواهبُ،فلْيُوقَفْ،فلْيُعرَّف بما استردّ،ثم لِيُدْفَع إليه ما وَهَبَ"(٢) فانتظم الخبر معنيين:

أحدهما:كراهة الرجوع فيها،لأنه شَبَّهه بالكلب يعود في قيئه وذلك مستقبَح في العادة.

والثاني:/صحة الرجوع فيها إذا رَجَعَ،ووجوب ردِّها عليه. /١١٩

---

(١) تقدم ص/٤٣٣،حاشية (١).

(٢) سنن أبي داود،البيوع،باب الرجوع في الهبة ٨١٠/٣ وسكت عنه،وكذلك المنذري في المختصر ١٨٩/٥،وأخرج بنحوه النسائي في سننه،الهبة،باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده ٢٦٥/٦،وابن ماجه في سننه،الهبة،باب الرجوع في الهبة ٧٩٧/٢.

وأيضا روي نحو قولنا عن علي (١) وعمر (٢) وفضالة بن عبيد الأنصاري (٣) من غير خلاف من أحد من الصحابة عليهم.

ويدل على صحة ذلك ما روى ابنُ عباس وابنُ عمر وأبو هريرة عن النبي صلى الله عليه:

"العائِدُ في هبته كالكلب يقيء، ثم يعودُ في قَيْئِه" (٤). فلما شبَّهَه بالكلب يعود في قيئه، دلَّ ذلك على صحة الرجوع مع الكراهة.

ألا ترى أن ذلك مستقبَح من الكلب بعد القيء، لا على جهة التحريم، كذلك الرجوع في الهبة ينبغي أن يصحّ حتى يقع التشبيه موقِعَه، وإلا فلو [لم] (٥) يصح الرجوع فيها رأساً، وكان الشيء باقياً على ملك الموهوب له، لا حَقَّ للواهب فيه، لما صحَّ تشبيهه بالكلب الذي قد صح له الرجوع في القيء.

فإن قيل: قد روي في حديث ابن عباس عن النبي عليه السلام: "العائد في هبته كالعائد في قيئه" (٤)، والقيء حرام على من عاد فيه، وكذلك الرجوع فيه (٦)، ولم يذكر في هذا الخبر الكلب، فيكون على وجه الاستقباح دون التحريم.

قيل له: هذا خبر واحد ذُكِرَ فيه الكلب، وحَذَفَه الآخرون، على أن الخبر الذي حُذِفَ فيه ذِكْر الكلب، يدل ظاهرُه على أن المراد به الكلب، وذلك أنه عَرَّفه بالألف واللام، وهما يدخلان للجنس أو التعريف، فإن كان مراده التعريف، فهذا يقتضي أن يكون هناك إنسان بعينه قد عاد في قيئه، فشُبِّه به العائد في الهبة، ومعلوم أنه لم يكن هناك إنسان عادَ في قيئه، فيُخْرَج الكلام عليه، فإذاً المراد به الجنس، وليس هناك جنس يعود في قيئه إلا الكلب، فعاد حكم اللفظ إليه.

---

(١) مصنف عبد الرزاق ١٠٧/٩، المحلى ١٢٩/٩.
(٢) مصنف عبد الرزاق ١١١/٩-١١٢، المحلى ١٢٨/٩-١٢٩.
(٣) المحلى ١٢٩/٩.
(٤) صحيح البخاري، الهبة، باب لايحل لأحد أن يرجع في هبته ٢٣٤/٥ صحيح مسلم، الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة ١٢٤١/٣.
(٥) ساقطة من الأصل.
(٦) أي في عقد الهبة، والله أعلم.

وأيضا كيف يُصْرَف القول فيه، فقد دلَّ على صحة الرجوع فيها، وإن كان محرَّماً، لأنه شبَّهه بالعود في القيء، فالواجب أن يصح الرجوع فيها، حتى يصح تشبيهها بالعود في القيء، وإلا فما لم يصح وقوعه، كيف يجوز أن يشبَّه بما قد صحَّ ووقع.

وهو إذا رَجَعَ فيها، كان قولُه لغواً، لا له حُكْمَ له فيه وجه.

وليس يمتنع أن يكون منهياً عن الرجوع، ثم إذا رَجَعَ صح رجوعه، كما أنه منهي عن البيع عند أذان الجمعة، ولو عَقَدَ، صحَّ عقده، ومحرَّم عليه إيقاع الطلاق في الحيض، ولو أوقع فيه صح إيقاعه، ومحرَّم عليه الصلاة في أرض مغصوبة، والذَّبح بسكِّين مغصوبة، ولو فَعَلَ ثبت حكمه على الوجه الذي يثبت عليه حكم المباح.

فصل: [زيادة الهبة تمنع من الرجوع]

(وإن زادت الهبة في بَدَنِها، لم يصح الرجوع فيها)

وذلك لأن الزيادة لم يقع عليها عقد الهبة، ولايمكنه الرجوع في الأصل دون الزيادة، فبطل الرجوع.

[حكم موت الواهب أو الموهوب له]

(وإذا مات أحدُهما لم يصح الرجوع)، لأن الواهبَ إن كان هو الميت، فالوارث لم يوجب له ملكاً، ولا يصح ملكه فيما لم يوجِبه. ولا ينتقل حق الرجوع في الهبة إلى الوارث، كما لا ينتقل حق الشفعة، وقد بيَّنَّاها فيما سلف.(١)

وإن كان الموهوب له هو الميت، فقد انتقل الملك إلى وارثه وهو لم يوجِب هذا الملك للوارث، ولا يصح له فسخه.

قال: [حكم رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر]

(ولا يرجع أحد الزوجين فيما وَهَبَه للآخر)

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال ثنا ابن غنام

---

(١) ص/٣٥٥.

بالكوفة قال حدثنا أبو كُرَيب قال حدثنا مُصعب بن المِقْدام عن خَارجة بن مصعب عن أبي الحسين عبد الله بن عمرو بن أمية الضَّمْري عن أبيه قَال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:

"مَن أعطى امرأتَه عطية، فهي له صَدَقَة، فقال له عمر: لتأتيني بِمَن يشهد على هذا، فقال: عائشة سمعت هذا، فأرسلوا إلى عائشة، فقالتْ:(١) صَدَق، سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه يقول ذلك"(٢)

فلما لم يصح الرجوع في الصدقة، لم يصح في الهبة الرجوع، إذ كانت بمثابة الصدقة، وإذا لم يصح رجوع الزوج فيما وهبه لامرأته بدلالة السنة، لم يصح في الهبة رجوعها أيضا فيما تهبه له، لأن أحداً لم يفرِّق بينهما.

فصل: [لا يصح الرجوع في الهبة الا بقضاء قاض أو برضى الموهوب له]

(وإذا صحَّت الهبة، لم يصح الرجوع فيها إلا بقضاء قاض، أو برد الموهوب له ذلك إليه)، وذلك لأن الملك قد تم للموهوب له، واحتيج إلى فسخه، ولم ينفسخ بقول الواهب دون ما وصفنا، كالشفعة، والردّ بالعيب بعد القبض، وكالنكاح إذا احتيج الى فسخه لِعِنَّةِ الزوج ونحوها.

مسألة: [العُمْرَى]

(قال أبو جعفر: والعُمْرَى كالهبة في جميع ما وصفنا، وهي أن يقول الرجل للرجل: قد أعمرتُكَ داري هذه حياتَك، ويسلِّمها إليه، ويقبضها منه، واشتراط المُعمِر رجوعَها إليه باطل)

وذلك لما [حدثنا محمد بن بكر قال](٣) حدثنا أبو داود قال حدثنا محمد بن يحيى ومحمد بن المثنى/قالا حدثنا بشر بن عمر ١٢٠/

---

(١) في الأصل (فقالت).

(٢) عزاه في تحفة الأشراف ١٣٨/٨ للنسائي في السنن الكبرى، بلفظ مختصر، ورواه أحمد في المسند ١٧٩/٤ بلفظ "ما أعطى الرجل امرأته فهو صدقة" وفي اسناده محمد بن أبي حميد، وهو ضعيف، كما في مجمع الزوائد ٣٢٤/٤ وفي المجمع أيضا ٣٢٥/٤ قال: رواه أبو يعلى والطبراني، ورجال الطبراني ثقات كلهم. ا.هـ

(٣) ساقطة من الأصل، وقد أثبتها من سنن أبي داود ٨١٩/٣، حيث ذكر الحديث بالسند نفسه، والجصاص يروي سنن أبي داود من طريق شيخه محمد بن بكر بن داسة، ولم يدرك أبا داود أصلا.

قال حدثنا مالك بن أنس عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن جابر ابن عبد الله أن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال:

"أيّما رجلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى له ولعَقِبه، فإنها للذي يُعْطَاها، لا ترجع إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث"(١)

وحدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال ثنا محمد بن موسى بن إسماعيل قال حدثنا أبان عن يحيى عن أبي سلمة عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول:

"العُمْرَى لمن وُهِبَت له"(٢)

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا عثمان بن عمر الضَّبّي قال حدثنا إبراهيم بن أبي سُوَيد قال حدثنا حماد بن سلمة عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:

"يامعشر الأنصار عليكم أموالكم لا تُعْمِرُوها، فمَن أُعْمِرَ شيئاً فهو له حياته ومماته"(٣)

وحدثنا عبد الباقي قال حدثنا حامد بن محمد قال حدثنا شريح قال حدثنا يزيد بن هارون قال أخبرنا ابن أبي ذئب [عن ابن شهاب](٤) عن أبي سلمة عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"مَن أُعْمِرَ عُمْرَى، فهي له ولعَقِبه بَتَاتاً، لا يجوز للمعطي فيها شرطٌ ولا مَثْنَوِيّة"(٥)(٦)

---

(١) صحيح مسلم، الهبات، باب العمرى ١٢٤٥/٣، وبلفظ المصنف في سنن أبي داود، البيوع، باب من قال فيه ولعقبه ٨١٩/٣.
(٢) صحيح البخاري، الهبة، باب ماقيل في العمرى والرقبى ٢٣٨/٥ صحيح مسلم ١٢٤٦/٣.
(٣) صحيح مسلم ١٢٤٦/٣، وبلفظ المصنف عند النسائي، كتاب العمرى ٢٧٤/٦.
(٤) ساقطة من الأصل، وقد أثبتها من صحيح مسلم ١٢٤٦/٣.
(٥) بمعنى ولا استثناء. قال ابن منظور في لسان العرب (ثنى) "يقال حلف فلان يميناً ليس فيها ثنيا ولا ثنوى ولا ثنية ولا مثنوية ولا استثناء، كله واحد" اهـ
(٦) بلفظ قريب في صحيح مسلم ١٢٤٦/٣، ومعنى بتاتا أي عطية قطعها صاحبها من ماله وبانت منه، ماضية غير راجعة الى الواهب. ينظر غريب الحديث لأبي عبيد ١٩/٤، شرح صحيح مسلم للنووي ٧١/١١.

فهذه الآثار كلها تدل على أن العُمْرَى هبة صحيحة، وأن شَرْطَ المعطي فيها حياته باطل.

فإن قيل: إنما عَنَى بها العُمْرَى التي يقول فيها: هي لك ولعَقِبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشتَ، فهو كما قال، وترجع إلى الواهب بعد موت الموهوب له.

وذلك لما حدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا أحمد بن حنبل قال حدثنا عبد الرزاق قال أخبرنا مَعْمَر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله قال: إنما العمرى التي أجاز رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أن يقول: هي لك ولعَقِبك، فأما الذي قال: هي لك ما عشتَ، فإنها ترجع إلى صاحبها"(١).

قيل له: الأخبار التي قدَّمناها من لفظ النبي صلى الله عليه وسلم أولى بالاستعمال من قول الراوي وتفسيره، لأن قولَ النبي صلى الله عليه وسلم يَقْضِي على قولِ كلٍّ قائل، وقولُ الراوي لايقضي على قولِ النبي صلى الله عليه وسلم.

وقد أبطلَ لفظُ النبي عليه السلام هذا التأويل في حديث ابن أبي ذئب الذي ذكرناه حين قال: "هي لك ما عشتَ، فإنها ترجع إلى صاحبها" يجوز أن يكون مِن كلام الزهري، لأن قَتَادة قد ذكر عنه مثل ذلك من قوله في كلام جرى بينه وبينه(٢)، عند بعض الأمراء(٣).

قال أحمد: وحديث العمرى وإجازة النبي صلى الله عليه وسلم إياها، وإبطاله الشرط فيها، أصل في أن عقد الهبة لا تفسدها الشروط الفاسدة، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم بفسخ الهبة حين وقعت على شروط فاسدة، وفارَقَت البيع في إفساده بالشروط، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعٍ وشرط(٤).

---

(١) صحيح مسلم ١٢٤٦/٣، وبالسن واللفظ نفسه عند أبي داود ٨٢٠/٣.
(٢) أي بين قتادة والزهري رحمهما الله تعالى.
(٣) سنن النسائي، كتاب العمرى ٢٧٨/٦، مصنف عبد الرزاق ١٨٨/٩ وفيه أن سليمان بن هشام أرسل اليه والى الزهري وهو بمكة فسألهما عن العمرى، فقلت: هي جائزة لأهلها، قال: وخالفه الزهري ....." ا.هـ، ومثله عند البيهقي ١٧٤/٦ وبعد أن خرج مسلم في صحيحه ١٢٤٦/٣ حديث الزهري قال: قال معمر: وكان الزهري يفتي به.
(٤) معرفة علوم الحديث ص١٢٨، الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٨٥/٦، قال: وفي طريق ابا محمد ومقال، المحلى ٤١٥/٨ وسكت عنه ابن حجر في الدراية ١٥١/٢، وينظر نصب الراية ١٨/٤.

فصل: [الرُّقْبَى]

(قال أبو جعفر: والرُّقبَى مثل العُمْرَى في قول أبي يوسف، وهي أن يقول: أرقبتُك داري هذه، ويقبضها على ذلك، وفي قول أبي حنيفة ومحمد الرقبى عاريَّة، لا يملكها المرقَب)

وذلك لما روي عن النبي عليه السلام "أنه أجاز العُمْرَى، وأبطَل الرقبى"(١) ومعنى الرقبى أن يكون الملك مترقّباً فيقول: هو لآخر مَن بقي مني ومنك، وروي نحو ذلك عن مجاهد في تفسير الرقبى(٢)، فهو لم يملكه بعد شيئاً، ولذلك كان باقياً على ملك مالكه.

والعمرى ليست كذلك، لأنه قد ملكه ملكاً واقعاً في الحال، وإنما شرط رجوعه إليه بعد الموت، فبطل شرطه، ولم ينفسخ ملكه ولذلك اختلفا.

وأما أبو يوسف فإنه جعلهما عقداً واحداً، وإن اختلفت العبارة منه، تارة بالعمرى، وتارة بالرقبى.

وقد روي عن ابن عباس عن النبي عليه السلام أنه قال: "الرقبى والعمرى جائزة"(٣)

وروي عن حجر عن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"لا تُرْقِبُوا شيئاً، فمن أُرْقِبَ شيئاً، فهو سبيل الميراث"(٤)

ويجوز أن تكون الرقبى المذكورة في هذه الأخبار بعد أن يهبها، ويشترط رجوعها إليه بعد الموت كالعمرى، لأن هذا يجوز أن يسمى رقبى، إذ كان مترقّباً لموته في رجوع الهبة.

---

(١) عند البخاري ٢٣٨/٥، ومسلم أيضا ١٢٤٨/٣ بلفظ "العمرى جائزة"، وعند النسائي، كتاب الرقبى ٢٦٩/٦، ٢٧٣ بلفظ "لا رقبى..."، وكذلك من طريق آخر عند ابن ماجه، باب الرقبى ٧٩٦/٢.
(٢) سنن أبي داود، البيوع، باب في الرقبى ٨٢١/٣.
(٣) سنن الترمذي، الأحكام، باب ما جاء في الرقبى ٦٣٣/٣-٦٣٤، وقال حديث حسن، سنن النسائي، كتاب الرقبى ٢٧٠/٦، سنن ابن ماجه، الهبات، باب الرقبى ٧٩٧/٢، سنن أبي داود، البيوع باب في الرقبى ٨٢١/٣.
(٤) سنن النسائي، كتاب العمرى ٢٧٣/٦، سنن أبي داود، البيوع، باب في الرقبى ٨٢١/٣ وسكت عنه.

مسألة: [هبة المُشاع لا تجوز]

(قال: ولا تجوز هبة المُشاع فيما يقسم) وذلك "لقول أبي بكر الصديق لعائشة إنك لم تكوني حُزْتِيه، ولا قَبَضْتِيه"(١)، فشرط الحيازة مع القبض، وذلك بمَحضٍ من الصحابة، من غير نكير من أحد منهم عليه.

وما أُمْكِنَ قسمته وحيازته، لم يصح فيه مُشاعاً الهبة، وإذا كانت صحة العقد متعلقة بالقبض والحيازة، والمُشاع لا يتأتّى فيه قبض صحيح على وجه الحيازة، لم يصح العقد فيما أمكن حيازته، فأما مالم يمكن حيازته، فاعتبار الحيازة فيه ساقط.

فإن قال قائل: "روي أن النبي صلى الله عليه لما كان بالرَّوْحَاء(٢) في حجة الوَدَاع رأى حمارَ وحش عَقِيراً(٣)، فقال رسولُ الله صلى الله عليه: دَعُوه فإنه سيطلبه /صاحبُه، فجاء رجل من بَهْزٍ(٤)، فقال يارسول الله: إني أصبتُ هذا، فشأنكم به، فأَمَرَ رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسَّم لحمه بين الرفاق"(٥). /١٢١

"وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فقال: سمعتُ النبي صلى الله عليه وسلم وجاءه رجل ومعه كُبَّة(٦) من شعر، فقال أخذت هذه(٧) لأصلح بَرْدَعة(٨) لي، فقال رسول الله صلى الله عليه: [ما](٩) كان لي

---

(١) تقدم ص/٤٣٤، حاشية (٥).
(٢) قرية على ليلتين من المدينة، بينهما أحد وأربعون ميلا. معجم ما استعجم ٦٨١/١.
(٣) عقيرا أي منحورا، كما في النهاية ٢٧٢/٣، وقال الباجي في شرح الموطأ ٢٤٢/٢ "وهذا الحمار العقير قد كانت كملت فيه الذكاة، اما بالسهم الذي رمي به، وإما بغير ذلك.. ويقتضي أنهم وصفوا له صلى الله عليه وسلم من صفة السهم أو الذكاة له ما دلهم على تقدم الملك عليه" ا.هـ
(٤) بهز: بطن من سليم، وسليم قبيلة في قيس، كما في الانباه على قبائل الرواة ص/٧١، وقيس أخوال ثقيف كما في الانباه ص/٧٦.
(٥) سنن النسائي، الحج، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد ١٨٣/٥، الموطأ، الحج، باب مايجوز للمحرم أكله من الصيد ٣٥١/١، سنن ابن ماجه، المناسك، باب الرخصة في ذلك اذا لم يصد ١٠٣٣/٢ وقال البوصيري في زوائده رجال اسناده ثقات، مسند أحمد ٤١٨/٣ ورجال أحمد رجال الصحيح، كما في مجمع الزوائد ٢٣٠/٣.
(٦) بضم فتشديد، شعر ملفوف بعضه على بعض، كما في حاشية السندي على النسائي ٢٦٤/٦، وكذلك في تاج العروس (كبب).
(٧) وقد أخذها من الغنيمة.
(٨) البرذعة والبردعة، وإهمال ذاله أكثر، وهي الحلس يلقى تحت الرحل، القاموس المحيط (بردعة).
(٩) ساقطة من الأصل، وأثبتها من كتب السنن.

ولبني عبد المطلب فهو لك،فقال الرجل:أمّا إذاً بلغت،فلا أرَب(١) لي(٢) فيها،ونَبَذَها"(٣).

فهذا يدل على جواز هبة المُشاع فيما يحتمل القسمة.

قيل له: أما الحديث الأول فعلى وجه الإباحة لا الهبة،وذلك يجوز عندنا،وأما قوله في الحديث الثاني"فإنما جعل له نصيبه من الغنيمة"،ولا خلاف أن هبة النصيب من الغنيمة لا تجوز قبل القسمة،وإنما مراده أنه سأهَب لك ما يحصل لي منها بالقسمة، واسألْ بني عبد المطلب أن يهَبُوا لك أنصباءَهم.

مسألة: [هبة الدار أو الصدقة بها على رَجلَيْن]

(قال أبو جعفر:ومَن وَهبَ أو تصدَّق بدار على رجلَيْن لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة).

وذلك لأن كلَّ واحد منهما لايصح له الملك بالهبة إلا بالقبض وقبض المُشاع فيما يحتمل القسمة لا يصح بالهبة، ألا ترى أنه لو وَهَبَ لكل واحد منهما نصف دينار على حِدَة،لم تصح هبته،ولم يملك بها،كذلك إذا وهب لهما في صفقة واحدة.

وليست الهبة في هذا كالرهن،لو رهَنَ داراً من رجلَيْن،جاز في قولهم جميعاً،لأن جميعَها رهن لهذا،وجميعَها رهن لهذا، ألا ترى أنه لو قضى أحدهما دَيْنه كان للآخر حبس جميعها بدَيْنه،ولا يجوز أن يقع الملك في الجميع لكل واحد منهما.

ولو وهب رجلان لرجل داراً،جاز في قولهم جميعاً،وذلك لأن الهبة لما كانت صحتها متعلقة بالقبض،وحصل قبضه محوزاً مقسوماً جازت،ولم يعتبر الواهبان.

---

(١) أي بلغت هذه الكبة هذه المرتبة والعزة،كما في حاشية السندي على النسائي ٢٦٤/٦،لأن الحديث جاء في التشديد في أخذ شيء من الفيء،والتحذير من الغلول ولو بشيء يسير.

(٢) في الأصل (ما أردت)،والتصويب من سنن أبي داود ٤٣/٣(وغيره والمعنى لا حاجة لي فيها،ينظر النهاية ٣٦/١.

(٣) سنن النسائي،الهبة،باب هبة المشاع ٢٦٣/٦-٢٦٤،سنن أبي داود،الجهاد،باب في فداء الأسير بالمال ١٤٣/٣،وسكت عنه هو والمنذري في المختصر ٢٨/٤.

وجمع أبو جعفر بين الهبة والصدقة في السؤال(١)،ثم أجاب فيهما بجواب واحد،وهو مختلِف إذا كانت الصدقة على فقيرَيْن، لأنه لا خلاف بينهم في جوازها إذا كانت على فقيرَيْن(٢).وإن كانت فيما يُقْسَم،وإنما الصدقة بمنزلة الهبة إذا كانت على عبدَيْن فيكون على الخلاف.

وإنما اختلف حكم الهبة والصدقة على الفقير فيما وصفنا على قول أبي حنيفة،من قِبَل أن الصدقة مخرجها القُرَب،فهي حق لله تعالى،فلما كان الذي له الحق واحداً لم تمتنع صحتها بقبض الرجلين،كرجل وَهَبَ لرجل،وَوَكَّل الموهوبُ له رجلَيْن بالقبض فيصح.

(وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما أجازا الهبة من رجلين فيما يُقْسَم،إذا كانت صفقة واحدة)،لأنهما عَقْدٌ واحد في مَحُون مقسوم، ولا يبطلها كون الموهوب له اثنَيْن، ألا ترى أنه لو باع عبدَيْن من رجلَيْن بثمنٍ واحد جاز،ولم يعتبر ما لكل واحدٍ منهما من الحصة في العقد،ولو اعتُبِرَت الحصة بَطَلَ العقد،وكذلك ماوصفنا.

ولو وهبها لرجلين لكل واحد منهما نصفها،لم يجز أيضا في قول أبي حنيفة،وجاز في قولهما.

وإنما جاز على قولهما،وإن سمى لكل واحد منهما نصفها،لأن ما ذكره من تسمية النصف هو الذي أوجبه العقد،فتسميته وتَرْكه سواء.

ولو قال:قد وهبت لكما هذه الدار ثُلُثُها لهذا،وثلثَيْها لهذا،لم يجز في قول أبي يوسف لأن ذلك بمنزلة(٣)،إذ ليست القسمة على الثلثين والثلث من موجَب العقد الأول.

---

(١) أي في هذه المسألة التي ذكرها وهو قوله "من وهب أو تصدق..."،ويقال:سؤالا ومسألة،كما في مختار الصحاح (سأل).
(٢) أي الصدقة.
(٣) أي هذه المنزلة في تفضيل أحد النصيبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهماومطلق العقد لا يحتمل التفاضل،فيظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع،ولا تصح هبة المشاع،فلم يجوز أبو يوسف هذه الصورة من الهبة،والله أعلم ينظر بدائع الصنائع ٣٦٨٦/٨،البناية ٨٢٥/٧.

وفي قول محمد هي جائزة، لأن ذِكره الثلثين والثلث، لا يُخرج العقد مِن أن يكون صفقة واحدة، ألا ترى أنه لو قال لرجلَيْن: قد بعتُكما هذا العبدَ بألف درهم، ثلثُه لهذا، وثلثاه للآخر، أن ذلك صفقة واحدة، كذلك ما وصفنا.

* * * *
* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللُّقَطَة والآبِق

[اللقطة]

(قال أبو جعفر: وإذا وَجَدَ الرجل لُقَطَةً، فينبغي له أن يَعْرِفَ عِفَاصَها(١)، ووِكاءَها(٢)، وكَيْلَها، وعَدَدَها، ووَزْنَها، وأن يُشْهِدَ أنه إنما يأخذها ليعرِّفها، ثم يعرِّفها بعد ذلك سَنَةً في الأسواق، وعلى أبواب المساجد، فإن جاءَ صاحبُها واستحقَّها ببيِّنة أقامها عليها، دَفَعَها إليه، وإلا تصدَّق بها، ولم يأكُلْها، إلا أن يكون ذا حاجةٍ إليها).

قال أحمد: هذا الفصل يشتمل على مسائل:

منها: أنَّ له أخذَ اللقطة، ومنها معرفة العِفَاص أي الوعاء، والوِكاء، والوزن.

ومنها تعريفُها حولاً، ومنها أن مدَّعيها لايستحقها إلا بالبيِّنة ومنها أنه لا يأكلها إذا كان غنياً.

[أدلة إباحة أخذ اللقطة]

وأما وجه إباحة أخذها، فلقول النبي صلى الله عليه وسلم "مَن وَجَدَ لُقَطَةً فليُشْهِدْ ذَوَيْ عَدْلٍ"(٣) فأباح أخذها، وأمَرَ/ بالإشهاد عليها. /١٢٢

ومنها "حديث أُبَيٍّ بن كعب أنه وَجَدَ صُرَّةً فيها مائة دينار فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بتعريفها، فلما لم يجد مَن يعرفها قال: احفظْ عددَها ووِكاءَها"(٤)

وروى زيد بن خالد الجهني(٥) عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك، ولم يذكر النبي عليه السلام أن على الملتَقِط أخذَها(٦)، فدلَّت

---

(١) العفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك. النهاية ٢٦٣/٣.
(٢) الوكاء: الخيط الذي تشد به الصرة والكيس وغيرهما. النهاية ٢٢٢/٥.

(٣) سنن أبي داود، اللقطة ٣٣٥/٢، وسكت عنه هو والمنذري في المختصر ٢٦٩/٢، سنن ابن ماجه، اللقطة، باب اللقطة ٨٣٧/٢، وصححه ابن حبان (موارد الظمآن) ص/٢٨٤(١١٦٩)، ورواه الطبراني، وله طرق كما في التلخيص الحبير ٧٤/٣.
(٤) صحيح البخاري، اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة ٧٨/٥، صحيح مسلم، اللقطة ١٣٥٠/٣، وقد أورده المصنف مختصراً.
(٥) في الأصل (خلف) والتصويب من الصحيحين.
(٦) صحيح البخاري، اللقطة، باب ضالة الابل ٨٠/٥، صحيح مسلم، اللقطة ١٣٤٦/٣.

على أن لواجدها التعريفَ والردَّ على صاحبها.

ويدل عليه حديث عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جَدِّه "أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في ضالّة الغَنَم: لكَ، أو لأخيك، أو للذئب، خذها"(١)

فأما وجه ما روى مطرِّف بن عبد الله بن الشِّخِّير عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:

"لا يُؤوي الضالّة إلا ضالٌّ"(٢) فهو على أنه إذا أرادَ أخذَها لنفسه أو ليأكلها وهوَ غني عنها، بدلالة الأخبار الموجِبة لإباحة أخذها.

[معرفة أوصاف اللقطة]

وأما قوله "فليَعْرِفْ عِفَاصَها ووكاءَها، فإنما روى أُبَيٌّ بن كعب وزيد بن خالد الجُهَني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "فليعرف عفاصَها ووكاءَها"(٣)

وقد تنازع أهلُ العلم في معنى أَمْرِه عليه السلام بمعرفة العِفَاص والوِكَاء.

فقال قائلون: المعنى فيه أن يُعْرَف على هذا الوجه، ليتميّز من ماله، ولا يختلط به.

وقال آخرون: لكي إن جاء مَن عَرَفَ صفتَها ووزنَها، [فلا](٤) يَمنع الملتقِطُ دفعَها إليه، وإن لم يستحقَّها مِن جهة الحكم.

وقال آخرون: هذا يدل على أن مَن جاء ووصف صفتَها، استحقّها بالصفة، وإن لم تقم له بيّنة، وهو قول ابن أنس(٥)، والوجهان الأولان صحيحان عندنا، والوجه الثالث فيه خَلَل، وذلك لقول النبي

---

(١) صحيح البخاري ٨٠/٥، صحيح مسلم ١٣٤٦/٣ من حديث زيد بن خالد الجهني.

(٢) صحيح مسلم، اللقطة، باب في لقطة الحاج ١٣٥١/٣ بلفظ "من آوى ضالة، فهو ضال مالم يعرفها" وبلفظ المؤلف أخرجه أبو داود في سننه، اللقطة ٣٤١/٢، سنن ابن ماجة، اللقطة، باب ضالة الابل والبقر والغنم ٨٣٦/٢.

(٣) صحيح البخاري، اللقطة، باب ضالة الابل ٨٠/٥، صحيح مسلم، اللقطة ١٣٤٦/٣.

(٤) ساقطة من الأصل، وبها يستقيم المعنى، ينظر أحكام القرآن للجصاص ١٧١/٣.

(٥) امام دار الهجرة -على ساكنها أفضل الصلاة والسلام- مالك بن أنس، المتوفى سنة ١٧٩/هـ، وقوله رحمه الله في هذه المسألة ذكره الباجي في المنتقى ١٣٦/٦، الخرشي على خليل ١٢١/٧.

صلى الله عليه وسلم "البيِّنة على المدعي،واليمين على المدعَى عليه"(١)،واسم المدَّعي لازم [لطالب] اللُّقَطَة(٢)،فلا يُصدَّق عليها إلا ببيِّنة،والصفة ليست ببينة،لأن رجلاً لو ادَّعى شيئاً في يد غيره، لم تكن صفتُه إياه موجِبة له استحقاقَه،ولا كانت الصفة بيِّنة.

وكذلك لو تنازع رجلان شيئاً في أيديهما،ووَصَفَه أحدُهما بصفة لم يصِفه بها الآخر،لم يجز أن يستحقه الواصفُ دون الآخر.

"وقال النبي صلى الله عليه وسلم للمدَّعي الذي خاصَمَ صاحبَه في أرض ادَّعاها:شاهداك أو يمينه،ليس لك إلا ذلك"(٣)

وقال النبي صلى الله عليه وسلم "لو أُعْطِيَ الناسُ بدعاويهم لادَّعى ناسٌ دماءَ ناس،وأموالَهم،ولكن البيِّنة على المدعي"(٤)، فمَنَعَ أن يستَحِقَّ أحدٌ بقوله شيئاً.

فإن احتجوا "بما حدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا موسى بن إسماعيل عن حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد وربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد(٥) مولى المُنْبَعِث عن زيد بن خالد الجُهَني أن رجلاً سأل النبيَّ صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال:عَرِّفْها سنةً،ثم اعرِفْ وكاءَها وعفاصَها،فإن جاءَ صاحبُها فَعَرَف عفاصَها وعَدَدَها،فادْفَعْها إليه.

قال:وقال حماد أيضا عن عبيد الله(٦) بن عمر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله"(٧)

"وبما حدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا موسى بن إسماعيل قال ثنا حماد قال حدثنا سَلَمة بن كُهَيْل عن سويد بن غَفَلة عن أُبَيّ بن كعب عن النبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) تقدم ص/١٤٨،حاشية (١).
(٢) في الأصل (لازم للقطة).
(٣) صحيح البخاري،الشهادات،باب اليمين على المدعى عليه في الأموال ٢٨٠/٥،صحيح مسلم، الأيمان،باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ١٢٢/١.
(٤) صحيح مسلم، الأقضية،باب اليمين على المدعى عليه ١٣٣٦/٣.
(٥) في الأصل(زيد)،والتصويب من كتب السنن.
(٦) في الأصل (عبد الله)،والتصويب من كتب السنن.
(٧) صحيح مسلم، اللقطة ١٣٤٩/٣، ١٣٥١،وما ذكره المصنف هو سند ومتن أبي داود في سننه، اللقطة ٣٣٤/٢.

أنه قال: في اللقطة، وذكر الحديث، وقال: فإن جاءَ صاحبُها فَعَرَف عدَدَها ووكاءَها، فادْفَعْها إليه".(١)

قيل له: لفظ الحديث في الأصل "فإن جاء صاحبُها"(٢) وفي بعضها "فإن جاء ربُّها، فادْفَعْها اليه".(٣)

وقد روى جماعة عن ربيعة عن شيوخ حماد بن سلمة الذين روى عنهم، فلم يذكروا فيه "فَعَرَف عفاصَها، فادْفَعْها إليه" وإنما غَلِطَ فيه حماد بن سلمة على ماقيل.

حدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال هذه الزيادة التي زاد حماد بن سلمة في حديث سلمة بن كُهَيْل ويحيى بن سعيد وربيعة وعبيد الله "إن جاء صاحبُها فَعَرَف عفاصَها ووكاءَها فادفَعْها إليه" ليست بمحفوظة "فعَرَف عفاصها ووكاءها"(٤)، وأهل النقل لا يشكون في كثرة غلط حماد بن سلمة.(٥)

ورواه أيضا عُقْبَة بن سُوَيد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال فيه "فإن جاء صاحبُها فادْفَعْها إليه"(٢)، ولم يقل "فعَرَف عفاصَها".

وعلى أنه لو ثبت لفظ حديث حماد بن سلمة، كانت فائدته إباحة دفعها إليه بعد الصفة، لا على جهة استحقاقها من جهة الحكم، لدلائل الشَّبَه والأصول.

فإن قيل: قد اعتبرتُمُ العلامةَ في مواضع المستأجِر والمؤاجِر إذا اختلفا في أبوابٍ، أو جذوعٍ موضوعةٍ في الدار، أنها إن كانت مشبِهةً للجذوع التي في بناء الدار، لو كان أحد مصراعي باب

---

(١) وتقدم في الصفحة السابقة، حاشية (٧).
(٢) كما في رواية مسلم ١٣٤٩/٣.
(٣) كما في رواية البخاري، اللقطة، باب اذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ٩١/٥.
(٤) كما أفاد هذا أبو داود في سننه ٣٣٤/٣. لكن تقدم أنه رواه مسلم في صحيحه، وقد قال المنذري في مختصر سنن أبي داود ٢٦٩/٢ "هذه الزيادة أخرجها مسلم في صحيحه من حديث حماد، وقد أخرجه الترمذي والنسائي من حديث سفيان الثوري عن سلمة ابن كهيل بهذه الزيادة، فقد تبين أن حمادًا لم ينفرد بالزيادة بل تابعه عليها من ذكرناه" اهـ
(٥) قال الامام الذهبي في المغني ١٧٩/١ "حماد بن سلمة، امام ثقة، له أوهام وغرائب، وغيره أثبت منه"، وينظر الكاشف ٢٥٢/١.

مركّب في بيت من الدار، كان القول قول المؤاجر، وإن كان مخالفاً لما في الدار، فالقول قول المستأجر، وقلتم في اللّقيط إذا ادعاه رجلان، وَوَصَفَ/ أحدُهما علامةً في جسده، فصاحب العلامة أولى به، فَهَلّا حكَمْتُم بالعلامة في اللقطة. /١٢٣

قيل له: أما مسألة المستأجِر والمؤاجِر واختلافهما، فليست من مسألتنا في شيء، لأنه لم يصف هناك أحدُهما علامةً استَحَقَّ بها شيئاً، وإنما لهما جميعاً يدٌ في الدار.

وكان اشتباه جذوع الدار، ومصراعي الباب، دلالة على تأكيد أحدهما، كما في الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت، فإنما يُعتبر من هذا المعنى أيضا في المواضع التي تكون يد كل واحد منهما ثابتة في جميع الشيء المدّعى من جهة الحكم، فأما إن كان في يد كل واحد منهما نصفه، فهذا الاعتبار ساقط.

وأما مسألة اللُّقَطَة فإنما يريد المدّعي استحقاقَ يدِ مَنْ هي في يده بالعلامة والصفة، وذلك غير جائز بدلالة السّنّة،(١) واتفاق الجميع على أن المدعي لا يستحق بالعلامة شيئاً في سائر المواضع.

وأما مسألة اللقيط، فغير مشبهة لما ذكرنا أيضا، لأن المدعي لنَسَب اللقيط مصدّق في دِعوته لو انفرد بها من غير بيّنة، ولا علامة، فإذا تنازعه رجلان، واختَصَّ أحدُهما بذكر العلامة، كان ذلك مؤكّداً لدِعوته، وجاعلاً له مزية ليست للآخر، فلذلك اختلفا.

وإنما أثبتنا حكم العلامة والصفة في تأكيد الدّعوة، لا في إثبات النسب، لأن النسب يثبُت بنفس الدّعوة من غير ذكر علامة.

فصل: [تعريف اللقطة حولاً]

وأما التعريف، فلما ذُكِرَ في سائر الأخبار التي قدمنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أَمَرَ بتعريفها حولاً، وإنما قلنا إن الملتَقِط(١) إذا كان غنياً لم يأكل منها، لقول الله تعالى{إن الله

---

(١) لم أهتد الى تخريجه.
(٢) في الأصل (اللقيط).

يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها}(١)،وهذه أمانة قد حصلت في يده مأمور بردها،فلا يجوز له أكلها،لأن أكله إياها ينافي الرد.

فإن قيل:والصدقة بها تنافي الرد،فينبغي أن لا يتصدق بها.

قيل له:كذلك يقتضيه الظاهر،إلا أنا خصصناه بالاتفاق.

ويدل عليه قوله تعالى{لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم}(٢).

[الانتفاع باللقطة]

واللقطة مال الغير،فلا يجوز لملتقط(٣) أكلها إلا بالتراضي، وأجزنا للمتصدق عليه أكلها بالاتفاق،وخصصناه من الآية.

ويدل عليه قولُ رسول الله صلى الله عليه وسلم"لا يحل مال امرئٍ مسلم إلا بطيبة من نفسه"(٤)،وقال النبي صلى الله عليه وسلم "على اليدِ ما أخَذَتْ حتى ترد"(٥).

وقال النبي صلى الله عليه وسلم"لا يَحْلِبَنَّ أحدُكم ماشيةَ غيره بغير إذنه"(٦).

وقال مُطَرِّف بن عبد الله عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم"ضالّة المؤمن حَرَقُ النّار"(٧).

وروى جَرير بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"لا يُؤْوِي الضالّة إلا ضال"(٨)،ومعلوم أن المراد إذا أخَذَها لنفسه،وهو غنيٌّ عنها،بدلالة اتفاق الجميع على جواز أخذها(٩)

---

(١) من سورة النساء،آية رقم/٥٨.
(٢) من سورة النساء،آية رقم/٢٩.
(٣) في الأصل (للقيط).
(٤) تقدم ص/١٩٥،حاشية (٧).
(٥) تقدم ص/٣٢٣،حاشية (٤).
(٦) صحيح البخاري،اللقطة،باب لا تحتلب ماشية أحد بغير اذنه ٨٨/٥،صحيح مسلم،اللقطة،باب تحريم حلب الماشية بغير اذن مالكها ١٣٥٢/٣.
(٧) سنن الترمذي،الأشربة،باب ماجاء في النهي عن الشرب قائما ٣٠١/٤،سنن ابن ماجة،اللقطة،باب ضالة الابل والبقر٨٣٦/٢،وقال البوصيري في زوائده : اسناده صحيح ورجاله ثقات.قال ابن حجر في الفتح ٩٢/٥ أخرجه النسائي باسناد صحيح.
(٨) تقدم ص/٤٥٣،حاشية (٢).
(٩) المغني ٣١٩/٦.

للتعريف والرد.

فإن قيل: اللقطة لا تسمى ضالة.

قيل له: ليس كذلك، لأن في حديث "عبد الله بن الشِّخِّير قال: قدمنا على النبي صلى الله عليه وسلم في نفر فقال: ألا أَحْمِلُكم؟ قلنا: نجد في الطريق هَوَامِيَ الإبل، فقال رسول الله صلى الله عليه: ضالّة المؤمن حَرَقُ النار" (١).

فأجاب عن الإبل، فَذَكَرَ الضالة، فدلّ أن الاسم يتناولها.

ويدل عليه ما روي أن قِلادة لعائشة ضَلّت (٢).

ويدل عليه حديث "عياض بن حِمَار (٣) المُجَاشِعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: مَن وَجَدَ لقطة، فليُشْهِد ذَوَيْ عَدْل، ولا يكتُمْه ولا يغيِّبْه، فإن جاء صاحبُها، وإلا فهو مال الله يؤتيه مَن يشاء" (٤).

وفيه وجهان من الدلالة على قولنا:

أحدهما: أنه نهى عن الكِتْمَان والتغييب، وذلك يمنع استهلاك العين.

والثاني: قوله "وإلا فهو مالُ الله يؤتيه مَن يشاء" وهذا الاسم إنما يتناول المال الذي سبيله الصدقة، والقُربة إلى الله به.

ويدل عليه ماروي في الحديث "إذا بلغ بنو مروان ثلاثون رجلاً اتّخذوا مالَ الله دُوَلا (٥)، وعبادَ الله خَوَلا (٦)" (٧)

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البَزّار قال حدثنا خالد بن يوسف قال حدثنا أبي قال حدثنا زياد بن سعد قال حدثني سُمَيّ عن أبي صالح عن أبي

---

(١) مسند الامام أحمد ٨٠/٥،٢٥/٤، وتقدم في الصفحة السابقة، حاشية (٧) من أخرجه أيضا.
(٢) صحيح البخاري، التيمم ٧٢/٨،٤٣١/١ حين ضاع من السيدة عائشة رضي الله عنها عقدها، وكان ذلك سببا لنزول آية التيمم.
(٣) في الأصل (حماد)، والتصويب من كتب السنن.
(٤) تقدم ص/٤٥٢، حاشية (٤).
(٥) جمع دولة بالضم، وهو ما يتداول من المال، فيكون لقوم دون قوم. النهاية لابن الأثير ١٤٠/٢.
(٦) أي خدما وعبيدا، يعني أنهم يستخدمونهم ويستعبدونهم. النهاية ٨٨/٢.
(٧) أخرجه الحاكم في المستدرك ٤٨٠/٤ من حديث أبي ذر، وقال هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي رحمه الله، ورواه أحمد في المسند ٨٠/٣، وينظر مجمع الزوائد ٢٤١/٥.

هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسئل عن اللقطة: "[لا تحل اللقطة](١) مَن التقط شيئاً فليعرِّفه سَنَة، فإن جاء صاحبُه فليردَّه إليه، فإن لم يأت فليتصدَّق به، فإن جاء فليخيِّره بين الأجر، وبين الذي له"(٢)

وقوله "لا تحل اللقطة" يمنع الملتقطَ الانتفاعَ بها في حال الغِنَى والفقر، إلا أنا جوَّزنَا له ذلك في حال الفقر، للاتفاق، لأنه أُمِرَ بالصدقة.(٣)

وقوله "فليتصدَّق به" ينافي أكلَ الملتقطِ إياه إن كان غنيا.

ويدل عليه حديث "أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم وَجَدَ تمرةً فقال: لولا أن تكوني من الصدقة لأكَلْتُك"(٤)

وهذا يحتمل معنيين أُحدهما: أن يكون شأنُها الصدقةَ، لأنها لقطة، ويجوز كونُها من بين الصدقة.

/وأي الوجهين كان، مَنَعَ الغنيَّ الانتفاعَ به، لأن الغني لا يحل له أكلها إن كانت من الصدقة، ولا إذا كان شأنُها الصدقة، وأظهر الوجهَيْن فيه أن يكون أجان، شأنُها أنها صَدَقة(٥)، من حيث كانت لقطة، كقوله تعالى {لولا أَنْ مَنَّ اللهُ علينا لخَسَفَ بنا}(٦)، وقوله تعالى {فلولا أنَّه كانَ مِن المُسَبِّحِين}(٧) فيه تحقيق الصفة، كذلك ماوصفنا. ١٢٤/

فإن قال قائل: في حديث أُبَيِّ بن كعب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له بعد تعريفها ثلاثة أحوال:(٨)

---

(١) ساقطة من الأصل، وهي ثابتة في الحديث كما في مجمع الزوائد ١٦٨/٤، وسيذكرها المصنف ويشرحها بعد ذكره للحديث.

(٢) سنن الدار قطني ١٨٢/٤، قال الحافظ ابن حجر في الدراية ١٤٠/٢ أخرجه البزار والدار قطني وفي اسناده يوسف بن خالد السمتي وهو ضعيف. ا.هـ. وفي التقريب ص/٦١٠ (٧٨٦٢) "تركوه. وكذبه ابن معين" ا.هـ

(٣) المغني ٣٢٦/٦.

(٤) صحيح البخاري، البيوع، باب ما يتنزه من الشبهات ٢٩٣/٤، اللقطة، باب اذا وجد تمرة في الطريق ٨٦/٥، صحيح مسلم، الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ٧٥٢/٢.

(٥) أي جان أكلها للفقير، كون شأنها أنها صدقة والله أعلم.

(٦) من سورة القصص، آية رقم/٨٢.

(٧) من سورة الصافات، آية رقم/١٤٣.

(٨) جمع حول، وهو السنة، القاموس المحيط (حول).

"احفظ عددَها ووكاءَها ووعاءَها، فإن جاء صاحبُها وإلا فاستمتع بها"(١)

وفي حديث ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد(٢) مولى المُنْبَعِث عن زيد بن خالد الجُهَني أن رجلاً سأل رسولَ الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال:

عرِّفْها سنةً، ثم اعرفْ عِفَاصَها ووكاءَها، ثم استنْفِقْ بها، فإن جاء ربُّها فأدِّها، فقال يارسول الله: فضالَّة الغَنَم؟ فقال: خُذْها فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب، قال يارسول الله: فضالَّة الإبل؟ قال: فغَضِبَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرَّت وجنتَاه، وقال: مالَكَ ولَهَا، معها حِذَاؤُها وسقاؤُها حتى يأتيَها ربُّها"(٣)

"وفي حديث عبد الله بن يزيد عن أبيه عن يزيد بن المُنْبَعِث عن زيد بن خالد الجهني عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل حديث ربيعة قال: وسئل عن اللقطة فقال: تعرِّفْها حولاً، فإن جاءَ صاحبُها دفعتَها إليه، وإلا عرفتَ وكاءَها وعِفَاصَها، ثم أَفِضْهَا في مالك، فإن جاء صاحبُها دفعتَها إليه"(٤)

ورواه حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن يزيد مولى المُنْبَعِث عن زيد بن خالد عن النبي صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث، وقال: "فإن جاءَ صاحبُها فادْفَعْها إليه، وإلا فهي لك"(٥).

"وفي حديث عقبة بن سويد عن أبي عن النبي عليه السلام في اللقطة قال: "فإن جاء صاحبُها، وإلا فشأنك بها"(٦)

"وروى بكير الطائي عن أبي البَخْتَري قال وَجَدَ عليٌّ عليه السلام ديناراً قال علي: فاشتريتُ به حِنْطَةً، ثم أخبرتُ النبيَّ عليه السلام، فقال رِزْقٌ سيق إليك، فأكَلَ وأكَلْنَا، ثم جاء صاحبُ الدينار،

---

(١) تقدم ص/٤٥٢، حاشية (٥).
(٢) في الأصل (زيد)، والتصويب من الصحيحين.
(٣) صحيح البخاري، اللقطة، باب ضالة الابل ٨٠/٥، صحيح مسلم، اللقطة ١٣٤٨/٣.
(٤) سنن أبي داود، اللقطة ٣٣٣/٢، ومعنى أفضها أي ألقها في مالك واحفظها به "معالم السنن للخطابي ٢٦٩/٢.
(٥) صحيح مسلم ١٣٥١/٣.
(٦) صحيح البخاري، اللقطة، باب اذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة ٨٤/٥، صحيح مسلم ١٣٤٧/٣.

فقضاه النبيّ صلى الله عليه وسلم"(١)،والنبي وعلي عليهما السلام لم يكونا ممّن تحلّ لهما الصدقة،وقد أكلا منها(٢)،وجميع هذه الأخبار تدل على أن للواجد اللقطة الانتفاعَ بها،وأكلَها بعد التعريف،وإن كان غنياً.

قيل له: أما قوله في حديث أُبَيٍّ"فاستمتِعْ بها"فلا دلالة فيه على موضع الخلاف بيننا،لأن أُبَيّاً كان فقيراً.

والدليل عليه"أن أبا طلحة لما جعل أرضاً له لله،فأتى النبيَّ صلى الله عليه وسلم فقال اجعَلْها في فقراء قرابَتِك، فجَعَلَها في حسّان وأُبَيٍّ بن كعب"(٣)

*** وأما قوله في حديث زيد بن خالد الجُهَني"ثم استَنْفِقْ بها"فإن معناها في الصدقة،لأن الصدقة تسمّى نفقة،قال الله تعالى{وأَنْفِقُوا ممّا رزَقْنَاكم مِن قَبْلِ أن يأتيَ أحدَكُمُ الموتُ}(٤)، وقال{لَنْ تَنَالُوا البِرَّ حتى تُنْفِقُوا ممّا تُحِبُّون}(٥)،وإنما المراد الصدقة.

وقوله"استنْفِق بها"معناها تصدَّقْ بها،والله أعلم.

وأيضا يحتمل أن يكون الرجل كان فقيراً،يجوز له أكل الصدقة.

*** وأما لفظ عبد الله بن يزيد عن أبيه وقوله"أفِضْها في مالك"،فلا دلالة فيه على جواز الأكل،وإنما فيه الأمر بحفظها، وإجراؤها فيما بين ماله في الموضع الذي يحوز فيه مالَه.

*** وأما قوله في حديث حماد بن سلمة"فهو لك"فإن حُمِلَ على حقيقة لفظه،لَوَجَبَ أن يكون مالكاً لها،ولا خلاف أن الملتَقِطَ

---

(١) سنن أبي داود،اللقطة ٢/٣٣٧-٣٣٨،وقد رواه من عدة طرق، وقد حسن الحافظ ابن حجر طريق بلال بن يحيى العبسي كما في التلخيص الحبير ٣/٧٥.
(٢) في الأصل (وهذا كلامهما).
(٣) صحيح البخاري،الوصايا،باب اذا وقف أو أوصى لأقاربه ٥/٣٧٩ صحيح مسلم،الزكاة،باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين ٢/٦٩٤.
(٤) من سورة المنافقون،آية رقم/١٠.
(٥) من سورة آل عمران،آية رقم/٩٢.

لا يملكها، فإذاً معناه: لك إمساكها، كما "قال عبد الله بن رَواحة (١) لليهود حين بَعَثَه النبيّ صلى الله عليه وسلم خارصاً: إن شئتم فلكم، وإن شئتم لي" (٢)

وإنما أضافه إلى نفسه لا على جهة أنه يملك استهلاك الثمر، والانتفاع بها، لكنه لما كان هو المتولّي لخرصها، والقيام فيها جاز أن يقال: وإن شئتم فلي.

*** وأما قوله في حديث عُقْبَة بن سُوَيد عن أُبَيٍّ عن النبي صلى الله عليه وسلم "فإن جاء صاحبُها، وإلا فشأنك بها" فإنه لا يوجب جواز الأكل والانتفاع بها، لاحتمال أن يكون شأنك بها في الإمساك أو الصدقة، ويحتمل أن يكون فقيراً.

*** وأما حديث علي فإن أصلَه ما حدثنا محمد بن بكر قال ثنا أبو داود [قال ثنا] (٣) جعفر بن مسافر قال ثنا ابن أبي فُدَيْك قال ثنا موسى بن يعقوب الزَّمْعي عن أبي حازم (٤) عن سهل بن سعد أخبره أن علياً دخَلَ على فاطمةَ، والحسينُ والحسنُ يبكيان، فقال ما يُبْكيهما؟ قالت: الجُوع، فخَرَجَ عليٌّ فوَجَدَ ديناراً بالسوق، فجاءَ إلى فاطمة فأخبرها، فقالت اذهب إلى فلانٍ اليهودي، فخُذْ لنا دَقيقاً، فقال اليهودي: أنت خَتَن (٥) هذا الذي يزعم أنه رسولُ الله؟ قال: نعم، قال: فخُذْ دينارَك، ولك الدقيق، فخَرَجَ عليٌّ رضي الله عنه، فجاءَ فاطمةَ فأخبرها، فقالت اذهَبْ إلى فلانٍ الجزّار، فخُذْ لنا بدرهمٍ لحماً، فذهب فَرَهَنَ الدينارَ بدرهم لحماً، فجاء به، فعَجَنَت وخَبَزَتْ، وأرسلَتْ إلى أبيها، فجاءَهم فقالت: يارسول الله: أَذْكُرُ لك، فإن رأيتَه لنا حلالاً أكَلْنا، وأكلتَ معنا، من شأنه كذا وكذا، فقال كُلُوا بسم الله، فأكلوا منه، فبَيْنَا هم/مكانَهم، إذا غلامٌ يُنْشِدُ اللهَ والإسلامَ الدينارَ، فأمَرَرسولُ الله صلى الله عليه وسلم، فدُعِيَ له، فسأله ١٢٥/

---

(١) أي عند التقاطها، وإلا فإن التقطها وعرّفها سنة يملكها عند كثير من الفقهاء، كما في المغني ٣٢٦/٦.
(٢) الموطأ، المساقاة، باب ما جاء في المساقاة ٧٠٣/٢ مرسلا عن سعيد بن المسيب.
(٣) ساقطة من الأصل، وأثبتها من سنن أبي داود ٣٣٨/٢.
(٤) في الأصل (ابن حازم)، والتصويب من سنن أبي داود ٣٣٨/٢.
(٥) الختن بالتحريك الصهر، القاموس المحيط (ختن).

فقال: سَقَطَ مني في السوق، فقال النبيُّ صلى الله عليه: يا علي اذهَبْ إلى الجزّار فقُل له: إن رسولَ الله يقول لك: أرسِلْ بالدينار، وإن درهمَك عليّ، فأرسَلَ به، فدَفَعَه رسولُ الله إليه" (١).

فإذا كان هذا أصل الحديث، فلا دلالة فيه لمخالفنا، لأنه اشترى الدقيقَ بدينارٍ في ذمّته، وأما اللحم فإنما أَخَذَه بدرهم في ذمّته، وأخذه الجزّار على وجه الرهن، ولا دلالة فيه على جواز الاستهلاك للعين.

ألا ترى أن للوصي وللأب أن يرهَنَا مالَ الصغير بدين عليهما، ولا يدل ذلك على أن لهما استهلاك العين لأنفسهما.

وكما كان له أن يودِعَه غيرَه بغير ضمان يلحقه، كذلك الرهن، لأنه يصير مضموناً عليه.

ويدل على صحة قولنا مِن جهة النَّظَر اتفاق الجميع (٢) على أنه ليس للملتَقِط أن يعطيه عيناً غيرَه، فدل على أنه لا يجوز له إذا كان عيناً، الانتفاع به، لأنه لو جاز له ذلك، لجاز لغيره من الأغنياء مثله.

فصل: [ضمان اللقطة]

وإنما قلنا إذا تصدَّق بها، أن صاحبه مخيَّر بين الأجْر والضمان، لحديث أبي هريرة الذي قدمناه (٣). ولا خلاف مع ذلك بين أهل العلم فيه فيما أعلمه (٤).

وكذلك يضمِّنَ المساكينَ أيضاً إن عَرَفَهم بأعيانهم، لأنهم أخذوا ماله بغير إذنه، كما له تضمين الملتَقِط إذا سلَّم مالَه إليهم بغير إذنه.

---

(١) سنن أبي داود، اللقطة ٢/٣٨٨، وهو من هذا الطريق عن سهل ابن سعد فيه موسى بن يعقوب الزمعي، وهو مختلف فيه، كما قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٧٥ وقد نقل المنذري ٢/٢٧٢ عن ابن معين توثيقَه، وقد تقدم ص/٤٦١، حاشية (١) أن له عدة طرق، وهو من طريق بلال بن يحيى العبسي عن علي بمعناه إسناده حسن كما قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٧٥.
(٢) المغني ٦/٣٣٩.
(٣) ص/٤٥٩، حاشية (٢).
(٤) بداية المجتهد ٢/٣٠٦ وفيه "فان جاء صاحبها - بعد أن تصدق بها - كان مخيرا بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها، أو يضمنه اياها" ا.هـ.

مسألة : [ضمان اللقطة حال ضياعها]

(قال أبو جعفر: فإن ضاعت اللقطة في يد الملتقط، فإن كان أشهدَ حين التقاطها أنه أخذها للتعريف، فلا ضمان عليه، فإن لم يشهد، فهو ضامن في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لاضمان عليه فيها بحال، بعد أن يحلِفَ بالله ما أخذها إلا لتعريفها).

وجه قول أبي حنيفة ما حدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا مُسَدَّد قال حدثنا خالد الطَّحَّان عن خالد الحذّاء عن أبي العلاء - يعني ابنِ الشِّخِّير - عن مطرِّف بن عبد الله عن عِيَاض بن حِمَار المُجَاشِعي قال قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم:

"مَن وَجَدَ لقطةً، فليُشهِدْ ذَوَيْ عَدْل، ولا يَكْتِم، ولا يغيِّب، فإن وَجَدَ صاحبَها، فليردَّها عليه، وإلا فهو مال الله يؤتيه مَن يشاء"(١)

فأمَرَه بالإشهاد عليها عند أخذها، فصار ذلك شرطاً في إباحة الأخذ، فلا يجوز له أخذها إلا على هذا الشرط، فإذا أخَذَها مِن غير الوجه الذي أُبيح له فيه الأخذ ضَمِنَ، لأنه غاصب، لأخذه مالم يكن له أخذه.

ويدل عليه أيضا قوله "ولا يَكْتِم ولا يغيِّب" وفي تركه إشهادَها. والإشهادَ عليها(٢)، كتمانها وتغييبها، وذلك يوجب ضمانها من حيث أمسكها على وجه لم يُؤْمَر فيه بامساكها.

ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم "لايَحِل مال امرىء مسلمٍ إلا بطيبة من نفسه"(٣)

وظاهره يمنع أخذها في جميع الأحوال، إلا حالَ تقوم الدلالة عليها، وهي حال الإشهاد، بدلالة خبر عِيَاض بن حِمَار.

ويدل عليه حديث عبد الله بن الشِّخِّير عن النبي صلى الله عليه وسلم "ضالّة المؤمن حَرَقُ النار"(٤) وقوله "لايُؤْوِي الضالة إلا ضال"(٥)

---

(١) تقدم ص/٤٥٢، حاشية (٤).

(٢) أي في تركه الإخبار عنها، وفي تركه الإشهاد عليها يعني تركه أن يطلب من الناس ليكونوا معه شهداء على أن هذه لقطة والله أعلم. ينظر المغرب ٤٥٩/١، المصباح المنير (شهد).

(٣) تقدم ص/١٩٥، حاشية (٧).

(٤) تقدم ص/٤٥٧، حاشية (٧).

(٥) تقدم ص/٤٥٣، حاشية (٢).

وذلك يمنع أخذها، إلا أن تقوم الدلالة عليه، وقد قامت الدلالة على حال الإشهاد في إباحة الأخذ.

وأيضا فمَن أخذ شيءَ غيرِه، فالظاهر أنه أخذه لنفسه، ومَن أخذ شيئاً لنفسه، فعليه ضمانه، إلا أن يأخذه بإذن مالكه، ومِن حيث أبيح له أخذه.

ووجه قول أبي يوسف ومحمد: أنه لما كان جائزاً له الأخذ، لم يختلف فيه حكم الإشهاد وغيره، في باب سقوط الضمان عنه، إلا أن يكون عزْمه أخذها لنفسه فيضمنها، ويستحلف عليها، والقول فيه قوله أنه أخذها للرد.

مسألة: [حكم الإنفاق على ضوالّ الحيوانات]

(قال: وإن وَجَدَ شاةً أو بعيراً أو نحوهما، فأنفق عليه، فهو متَطوِّع، كمَن جاء إلى دابةٍ رجلٍ فعَلَفَها بغير أمر مالكها، فلا ضمان له على صاحبها، فإن أنفق عليها بأمر قاضٍ، كان ما أنفق دَيْناً فيها، فإن قضاه صاحبُها، وإلا بيعت له فيها)، لأن تصرف القاضي جائز على الغائب في مثل ذلك، لما فيه حفظ ماله، فصار كأنه أنفقها بأمره، وإنما كانت النفقة دَيْناً فيها، لأنه أُمِرَ بها على وجه الاحتياط لصاحبها في حفظ ماله، ليَسْلَم له ماله، ولا يَتْلَف، فيجعله دَيْناً فيها، كي إن تلفت لم يلحقه ضمان من غير حصول نفع له.

(فإن رأى القاضي بيعَها أو إجارتَها، جاز على حسب مايرى من المصلحة)

[أخذ ضالة الابل]

(ومَن وَجَدَ بعيراً ضالًّا فالأفضل له أخذه، ويعرِّفه لما فيه من إيصال ذي الحق إلى حقه) قال الله {وتعاوَنوا على البِرِّ والتَّقوى}(١)

فإن قيل: روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ضالة المؤمن حَرَقُ النار"(٢). وقال "لا يُؤوِي الضالة إلا ضال"(٣).

---

(١) من سورة المائدة، آية رقم/٢.
(٢) تقدم ص/٤٥٧، حاشية (٧).
(٣) تقدم ص/٤٥٣، حاشية (٢).

قيل له: إذا أراد أخذها لنفسه، لا للرد.

فإن قيل: سُئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الإبل فقال: "مالَك ولَها، معها سِقاؤُها وحِذاؤها، ترِدُ الماءَ وتأكلُ الشجر"(١)

قيل له: هذا في الموضع الذي لا يُخشى ضياعه على صاحبه.

/مسألة: [الجُعْل لرادّ العبدِ الآبِق] /١٢٦

(قال: ومَن وَجَدَ عبداً آبِقاً خارج المصر على مسيرة ثلاثة، فردَّه(٢)، فله جُعله أربعون درهماً).

قال أحمد: القياس أن لا شيء له، كما لو ردَّ بعيراً أو بقرة، إلا أن الصحابة اتَّفَقَت على لزوم الجُعْل على الآبق، واختلفوا في مقداره(٣).

وإنما جاء اختلافهم في المقدار عندنا، مِن أجل اختلاف المسافة في القُرب والبُعد، فمَن قال بأربعين، فهو على مسيرة ثلاثة، ومَن قال بأقل، فعلى قدر المسافة.

(قال: فإن كان العبدُ لا يساوي أربعينَ درهما، فللذي جاء به قيمته إلا درهماً، في قول أبي حنيفة)

وذلك إنما جُعِلَ له الجُعْل ترغيباً للناس في ردِّ الأُبَّاق(٤)، فيؤدِّي ذلك إلى حفظ عبيدهم، فإذا استغرقت القيمةُ الجُعْلَ لم يجز أن يوجب عليه مثل القيمة، إذ لا نفع للمولى حينئذ فيه.

وأبو يوسف ومحمد قالا: له أربعون درهماً، قَلَّتْ قيمتُه أم كَثُرت، لأن الصحابة حين أوجبت ذلك، لم تفرِّق بين قليل القيمة وكثيرها.

(وحُكْمُ الآبِق في النفقة وفي الهلاك وغيره، حكمُ اللقطة على ما بيَّنَّا).

---

(١) تقدم ص/٤٦٠، حاشية (٣).
(٢) في الأصل (برد)، والتصويب من المختصر ص/١٤١.
(٣) المصنف لابن أبي شيبة ٥٤٠/٥، المصنف لعبد الرزاق ٢٠٧/٨، سنن البيهقي ٢٠٠/٦، المحلى لابن حزم ٢٠٧/٨، نصب الراية ٤٧٠/٤.
(٤) جمع آبق، على وزن كفار، كما في القاموس المحيط (أبق) بتصرف.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللقيط

(قال: [ادّعاء ذمي بُنُوَّة لقيط في قرية ليس فيها مسلم]

وإذا وُجِدَ اللقيطُ في قرية ليس فيها مسلم، فادّعاه رجل ذمي أنه ابنه، فإنه يُصدَّق، وهو على دِيْنِه)

وذلك أن الظاهر مِن حال أهل القرية أنهم ذمّيون، والقرية في أيديهم، فيُصَدَّق المدّعي منهم على دِعوة اللقيط الموجود فيها، كما يُصدَّق المسلمُ في دِعوة اللقيط الموجود في أمصار المسلمين.

وإنما كان اللقيط على دِيْنِه، لأن الحكم للغالب، ألا ترى أن الغالب مِن أهل الحرب لمَّا كان الكُفر، جاز الحكم على كل مَن وَجَدْنَاه هناك بالكُفر، وإن لم يخلو مِن أن يكون فيهم مسلم تاجرٌ، أو أسير، أو غيره.

وأيضا ظاهر قولُ النبي صلى الله عليه وسلم "كلُّ مولودٍ يولَد على الفِطرة، فأبواه يُهَوِّدانه ويُنَصِّرانه"(١) يقتضي إلحاق اللقيط بحكمه.

قال: [ادّعاء ذمي بُنُوَّة لقيط وُجِدَ في مِصرٍ إسلامي]

(وإن كان وُجِدَ في مصر من أمصار المسلمين، وادَّعاه ذمي، لم يُصدَّق في القياس)، لأن الظاهرَ أن اللقيط مسلم إذْ كان مَن وَجَدْنَاه في مِصرٍ من أمصار المسلمين فالواجب له أن يُحكَم له بحكم الإسلام، حتى يتبيَّن غيره. فلما كان مسلماً لم يصدَّق الذمي على الدّعوة، لأن حكم ولد الذمي أن يكون ذمياً.

(إلا أنه اسْتَحْسَنَ(٢) فصَدَّقَه على الدّعوة، وجَعَلَه مسلماً)، وذلك لأن تحت دِعوته شيئَيْن:

أحدُهما: النسبُ، وفيه نفعٌ للصبي، للزوم نفقته، وإمساكه، وغيرها

---

(١) صحيح البخاري، الجنائز، باب ماقيل في أولاد المشركين ٢٤٥/٣-٢٤٦، صحيح مسلم، القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة ٢٠٤٧/٤.

(٢) أي الإمام أبوحنيفة رحمه الله والله أعلم.

والثاني: فيه ضرر عليه، وهو أن يكون كافراً إذا كان أبوه[1] كافراً، فصدّقناه على حق الصبي، ولم نصدّقه فيما فيه عليه ضرر، إذ كان لا يُتَوَصَّل إلى صحة النسب منه إلا من جهته، وقد يكون ابن الذمي مسلماً بإسلام أمّه، وإن كان الأب كافراً، فلم يكن في إثبات النسب منه ما يوجِب كون ولده كافراً لا محالة، إذ قد يكون ولد الكافر مسلماً.

[ادِّعاء العبدِ بُنُوَّة لقيط]

(وإن ادّعى عبدٌ أنه ابنه لم يصدَّق) وذلك (لأن اللَّقيط حر)

وإنما كان اللقيط حراً، مِن قِبَل أن الأصل في الناس الحرية، والرق طارىء عليها، فصارت الحرية هي الظاهرة، والحكم أَبَداً للظاهر، حتى تقوم الدلالة على خلافه.

مسألة: [ادِّعاءُ المرأةِ بُنوّة لقيط]

(قال: وإن ادّعته امرأة أنه ابنها، لم تصدَّق حتى تَشْهَدَ امرأة على الولادة)

وذلك أن الوصول إلى صحة دعواها يمكن بشهادة القابِلَة، ولا تُصدَّق إلا ببيّنة، وبيِّنَتُها هي المرأة التي يجوز لها المشاهَدة للولادة.

وللكلام في جواز قَبول شهادة المرأة الواحدة على الولادة موضعٌ غير هذا.

وليست المرأة في هذا كالرجل في قَبول دِعوته لنسب اللقيط، وذلك لأن الأصل في ذلك أن كلَّ إنسان فإنما يكلَّف البيِّنةَ على دَعواه على حسب الإمكان، ألا ترى أن المرأة تُصدَّق على الحيض بغير بيِّنة، لأنه لا سبيل إلى معرفته إلا من جهتها.

ولا خلاف بين أهل العلم في جواز شهادة النساء وحدهن في الولادة[2]، لأن الرجال لا يجوز لهم حضور الولادة، فقلنا على هذا

---

(١) في الأصل (أبواه).
(٢) المغني ١٢/١٥.

الأصل: لما كان سبيل إثبات النسب من جهته قوله، وَجَبَ أن يصير قوله فيه كالبيّنة، كما كان قول المرأة في تصديقها على الحيض كالبيّنة، إذْ لا يُتوصل إليه إلا من جهتها، كذلك دِعوة الرجل.

ومِن أجل ذلك قلنا في الرجل إذا أقرَّ بابنٍ، وصَدَّقه[1] فيه، ثبت النسب.

ولو أقرَّت المرأة بابنٍ، وصَدَّقها، لم يثبت النسب بينهما، إلا بامرأة تشهد على الولادة.

وقال أصحابنا: القياس في اللقيط أن لا يُصدَّق مدَّعيه على النسب إلا ببينة، وإنما استحسنوا في جواز دِعوته، وقالوا فيمَن ادَّعى صبياً في يديه أنه ابنه: أنه مصدَّق فيه، وهو القياس عندهم، /وليس فيه استحسان، وإنما جهة القياس في مسألة اللقيط أن للملتَقِط يداً على اللقيط، لو أراد غيرُه أن ينتزعه منه لم يكن له ذلك، وكان الملتَقِط أولى بإمساكه. /١٢٧

فكان القياس أن لا يُصدَّق على الدِّعوة، لما فيه مِن إزالة يد الملتَقِط، إلا أنه تُرِكَ القياس فيه، واستُحْسِن في جواز دِعوته، لأن يد الملتقط غير مستحقة، لو رأى القاضي إزالتها، كان له ذلك. وللصبي نفع في إثبات النسب، لما يثبت له من حق الإمساك والحضانة والنفقة.

فصل: [ادِّعاء المرأةِ بُنُوَّةَ لقيط أنه ابنها من زوجها]

(قال: وإن ادَّعت أنه ابنها مِن زوج، وصَدَّقها الزوج، كان ابنَهما).

وذلك لأن النسب قد ثبت من الزوج بدِعوته، وصار الصبي في يده، وهي فراشٌ له، فصار الفراش شاهداً لها بثبوت النسب، لاعتراف الزوج بأنه ابنها، كرجل وامرأة في أيديهما صبي فادَّعيا أنه ابنهما، فيصدَّقان عليه.

---

(١) أي صدَّق الولد إن كان كبيراً ويُولد مثله لمثله - أباه، فحينئذ يثبت نسبه من أبيه.

مسألة: [ادّعاء رجلَين بُنُوّة لقيط، واعتبار العلامة في الترجيح]

(قال: وإن ادّعاه رجلان، كلّ واحدٍ أنه ابنه، ووصف أحدُهما علاماتٍ في جَسَدِه، فصاحب العلامة أولى به) مِن قِبَل أن كل واحد منهما لو انفرد كان قوله مقبولاً في النسب بغير بيّنة، فصارت العلامة مؤكّدة لدعوة أحدهما، ودلالة على صِدْقِه، وأنه كان في يده بَدْءاً.

وقال الله تعالى{إن كان قَمِيصُه قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وهو من الكاذِبِين}(١) إلى آخر القِصّة، فحَكَمَ بصدق الصادق منهما بالعلامة الدالّة على صدقه.

وليس ذلك كدعوى رجُلَين عبداً في يَدَيّ غيرهما، وَوَصَفَ أحدُهما علامةً في جسده، فلا يُحكم له به، ولا يَستَحِق بالعلامة شيئاً، لأن العلامة إنما تدل على يدٍ كانت متقدمة، وكون يد كانت، لايَستَحِق به شيئاً.

ألا ترى أنه لو أقام البينة أنه كان في يده، لا يُلتَفت إليها، ولو أقام أحدٌ مدعي نسب اللقيط البينة على أنه كان في يده قبل ذلك، استَحَقّه دون الآخر، كذلك العلامة لما كانت دلالة على تقدم يده، كان مصَدّقاً فيه، وصار أولى به من الآخر.

(قال: ولو لم يصف واحد منهما شيئاً، كان ابنَهما جميعا) لتساويهما في الدّعوة.

وقد روي عن علي(٢) وعمر(٣) في رجلَين وَقَعَا على امرأة في طُهْرٍ واحد، فادّعَيَا الولدَ، أنه ابنهما، وقد بيّنّا هذه المسألة في كتاب الدّعوى من هذا الكتاب(٤).

قال: [إنفاق الملتَقِط على اللقيط]

(وما أنْفَقَ الملتَقِط على اللقيط فهو متَطَوّع فيه) على ما بيّنّا في اللقطة(٥).

---

(١) من سورة يوسف، آية رقم/٢٦.
(٢) مصنف عبد الرزاق ٧/٣٥٩-٣٦٠، شرح معاني الآثار ٤/١٦٤، سنن البيهقي ١٠/٢٦٨ وقال في ثبوته عن علي رضي الله عنه نظرا.هـ لكن ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٧٩ قال: وفي الباب عن علي رضي الله عنه أخرجه الطحاوي وغيره.ا.هـ
(٣) شرح معاني الآثار ٤/١٦٣، وقال: قد روي عن عمر رضي الله عنه من وجوه صحاح أنه جعله بين الرجلين جميعا. سنن البيهقي ١٠/٢٦٤، وانظر معه الجوهر النقي.
(٤) ٤/لوحة/٥٣(ب).
(٥) ص/٤٦٥.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الفَرائِض

[القاتِل لا يَرِث]

(قال أبو جعفر: ولا يَرِثُ القاتِلُ من المقتول مالاً، ولا دية)

وذلك لما روى عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جَدِّه عن عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ميراث لقاتل".(١)

والدية ميراث عن المقتول، فهي داخلة في العموم.

والدليل على أن الدية موروثة عن المقتول أنه تُقضى منها ديونه، وتُنَفَّذ وصاياه، وأنها بعد ذلك مقسومة بين الورثة على سهام المواريث، ومن أجل ذلك وَرِثَت المرأة منها، كما ترث سائرَ ماله.

وقد روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب سأل الناس عن ميراث المرأة من دية زوجها، فقام الضَّحَّاك بن سفيان فقال: كتبَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم في امرأة أَشْيَم الضِّبَابي أن أُوَرِّثَها من دية زوجها، فَوَرَّثَ عمرُ المرأةَ من دية زوجها".(٢)

[لا يرث العبد ولا يورث]

قال: (ولا يرث العبدُ، ولا يُورث)(٣)، لأنه لا يملك، ولا خلاف في ذلك.

[لا ميراث لمُرتد]

قال: (ولا ميراث لمرتد)(٤) ولا خلاف فيه نعلمه.

---

(١) سنن ابن ماجه، الديات، باب القاتل لا يرث ٨٨٣/٢، سنن البيهقي ٢٢٠/٦، سنن الدار قطني ٩٦/٤ وقد رواه عن عمرو بن شعيب النسائي في سننه الكبرى، كما في تحفة الأشراف ٣٤١/٦.
قال الحافظ ابن الملقن في تحفة المحتاج ٣٢٦/٢ "صححه ابن عبد البر في كتاب الفرائض، وزاد نقل الاتفاق على ذلك" اهـ.
وقد توسع في الكلام على الحديث ابن حجر في التلخيص الحبير ٨٤/٣-٨٥.

(٢) سنن أبي داود، الفرائض، باب المرأة ترث من دية زوجها ٣٣٩/٣، سنن الترمذي، الفرائض، باب ماجاء في ميراث المرأة من دية زوجها ٤٢٥/٤ وقال حديث حسن صحيح. سنن ابن ماجه، الديات، باب الميراث من الدية ٨٨٣/٢، وقال الهيثمي في المجمع ٢٣٠/٤-٢٣١ "رواه الطبراني، ورجاله ثقات".

(٣) المغني ١٣٠/٧.

(٤) المغني ١٧٠/٧.

قال: [حكم مال المرتد الذي اكتسبه قبل ردّته]

(وإذا مات المرتد على ردّته، أو قُتل، فماله لورثته من المسلمين على فرائض الله)

قال أحمد: "روي عن علي أنه قَتَلَ المُسْتَوْرِدَ(١) حين ارتدّ، وجَعَلَ ميراثه لورثته من المسلمين"(٢).

ويحتج فيه بعموم قول الله تعالى {يُوصِيكُمُ اللهُ في أولادِكم للذَّكرِ مثلُ حظِّ الأُنثيينِ}(٣)

وقوله تعالى {إن امرؤٌ هَلَكَ ليس له ولدٌ وله أختٌ فلها نصفُ ما تَرَكَ وهو يَرِثُها إن لم يكُنْ لها ولد}(٤)

ونحوها من الآي الموجِبة للمواريث.

فإن قال قائل: يخصه حديث أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يَرِثُ المسلمُ الكافرَ"(٥)

قيل له: أصل الحديث "لا يتوارث أهلُ ملَّتَيْن، لا يرث المسلم الكافر"(٦) كذا رواه جماعة عن النبي صلى الله عليه وسلم.

١٢٨/ وإذا كان كذلك، ولم يكن/للمرتد ملّة يُقَرّ عليها، إذ ليست الرِّدّة بملّة واحدة، لم يتناوله الخبر.

ألا ترى أن المرتد لا يرث من أهل الدِّين الذي انتقل إليه.

فإن قيل: قد روي في أخبار أُخَر مُطْلَقَة "لا يرث المسلم الكافر"(٥)، من غير ذكر الملّة.

قيل له: هو خبر واحد، ساقه بعضُهم على وجهه، وحَذَفَ بعضُهم بعضَ اللفظ.

---

(١) المستورد رجل من بني عجل، كان مسلما فتنصر، كما في سنن البيهقي ٢٥٤/٦، وبنو عجل قبيلة من قبائل العرب، وقد ذكر نسبهم ابن عبد البر في الانباه على قبائل الرواة ص/٨٧.
(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٣٥٥/١١، مصنف عبد الرزاق ١٠٥/٦، وصحح سنده ابن حزم في المحلى ٣٠٥/٩، وابن التركماني في الجوهر النقي ٢٥٤/٦.
(٣) من سورة النساء، آية رقم /١١.
(٤) من سورة النساء، آية رقم /١٧٦.
(٥) صحيح البخاري، الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ٥٠/١٢ صحيح مسلم، الفرائض ١٢٣٣/٣.
(٦) المستدرك ٢٤٠/٢ ووافقه الذهبي على تصحيحه، وقد توسع في ذكر من خرجه ابن حجر في الفتح ٥١/١٢، والتلخيص الحبير ٨٤/٣.

وأيضا فإن أبا حنيفة لا يُوَرَّث منه، وهو كافر، لأن من قوله: أن ملكه يزول بالردة في آخر جزء من أجزاء الإسلام، فإذا مات كانت الردة هي الموجبة لنقل الملك، فإنما وَرَّثه عقيب الإسلام بلا فصل كما يُورَث (١) الميت عقيب الحياة بلا فصل.

فإن قيل: فإذا لَحِقَ بدار الحرب فقد وَرَّثْتَه وهو حي.

قيل له: لأنه صار في حكم الميت، لانقطاع حقوقه عنا بلَحَاقه بدار الحرب، وانقطاع العصمة بيننا وبينه، كما قال مخالفنا إنه يزول ملكه، ويُجْعَل في بيت المال.

وكما جاز إزالة الملك باللَّحَاق ونقله إلى جماعة المسلمين في حال حياته، كذلك في نقله إلى الوارث.

فإن قيل: فَلَمْ يَخل في ذلك من أن تكون قد وَرَّثْتَه حياً.

قيل له: وما الذي يمنع منه، وقد قال الله تعالى {وَأَوْرَثَكُم أرضَهم ودِيَارَهم} (٢)، وكان منهم قوم أحياء.

ومن جهة النظر، إن مَن لم يورِّث المرتد، فإنه يجعل مالَه لبيت مال المسلمين، ويستحقه المسلمون عنده لأجل إسلامهم، والوارث معه إسلام، وقُرْبُ نَسَب، فقد اجتمع له سببان، فينبغي أن يكون أولى من ذي السبب الواحد.

كما أن الإخوة من الأب والأم أولى بالميراث من الإخوة للأب، لأنهم ذوو سببَيْن، وهؤلاء ذوو سبب واحد.

[حكم مال المرتد الذي اكتسبه حال ردته]

*** وأما ما اكتسبه المرتد في حال رِدَّته، فهو عند أبي حنيفة لبيت المال، لأنه اكتسبه في حال إباحة دَمِه، فلم يثبت له فيه ملك صحيح، فصار بمنزلة الحربي لما كان مباح الدم، لم يكن له مِلْكٌ صحيح، وكان ماله لبيت المال، كذلك كسب المرتد.

وأما ما اكتسبه في حال الإسلام فقد كان ملكه صحيحاً فيه، ثم زال بالردة، فكانت الورثة أولى به لما ذكرناه.

---

(١) في الأصل (يرث).
(٢) من سورة الأحزاب، آية رقم /٢٧.

وأيضا فإن المال الذي قد كان له في حال الإسلام، لما زال ملكه عنه بالرِّدَّة، فلا يخلو مِن أن يستحقَّه بيتُ المال على وجه الغنيمة أو الميراث، ولا يجوز أن يستحقه على وجه الغنيمة، لأن مال المسلم [لا] يُغنَم (١) في دار الإسلام، وبعد الردة ليس هو مالاً للمرتد في قول أبي حنيفة، ألا ترى أنه لا يجيز تصرفه فيه إذا مات أو قُتِلَ، فإذا لم يصح أن يُغْنَم، وكان بيت المال إنما كان يأخذه على جهة الميراث، فلا جائز أن يستحقَّه مع وجود ذوي السهام والعصبات من الوراث.

مسألة: [ميراث أهل الذمة مِن بعضهم]

(وأهل الذمة يرثُ بعضُهم بعضاً، وإن اختلفت مِلَلُهم، لأن الكفر مِلَّة واحدة) فيما يتعلق بهم فيما بينهم من أحكامهم، والدليل على ذلك قولُه تعالى {لَكُمْ دينُكُم وَلِيَ دِيْن} (٢) وقوله {قُلْ يا أَيُّها الكافِرُون} (٣) خطاب لسائر الكُفَّار، فجَعَلَ مِلَلَهم كلَّها دِيْناً واحداً على اختلافهم، كما جعل الإسلام ديناً واحداً.

ويدل عليه قوله "لا يَتَوارثُ أهلُ مِلَّتَيْن، لا يرث المسلم الكافر" (٤) فجَعَلَ الكفرَ كله ملة، والإسلام ملة.

ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة "الناس حَيِّز، ونحن حَيِّز" (٥) يعني في الدِّيْن.

وأيضا فإن أهل الكفر وإن اختلفوا، فليس يتعلَّقون بشيء، وجميع مِلَلِها متفقة في البطلان والفساد، فاستويا في حُكمها.

فإن قيل: فقد خالفتُم بينهم في الأحكام، لأجل اختلاف أديانهم، لأنكم تجيزون للمسلمين مناكحةَ أهلِ الكتاب، وأكلَ ذبائحهم، ولاتجيزون ذلك من المَجُوس، وعَبَدةِ الأوثان.

---

(١) ساقطة من الأصل.
(٢) من سورة الكافرون، آية رقم/٦.
(٣) من سورة الكافرون، آية رقم/١.
(٤) تقدم ص/٤٧٢، حاشية (٦).
(٥) مسند الامام أحمد ٣/٢٢، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٥/٢٥٠ "رواه أحمد والطبراني باختصار كثير، ورجال أحمد رجال الصحيح".
"والحيز بفتح الحاء وتشديد الياء - آخر الحروف - المكسورة، وفي آخره زاي، والمعنى: الناس في ناحية، وأنا وأصحابي في ناحية" كما في عمدة القاري للعيني ١٤/٨٠.

قيل له: إنما اختلفت الأحكام فيما بيننا وبينهم، فأما في أنفسهم وفيما بينهم، فلا يختلفون عندنا، وإنما مسألتنا في مواريثهم، فأما فيما بيننا وبينهم، فإنا متعبَّدون بالامتناع من مناكحتهم، فذلك حكم لَزِمَنا في أنفسنا، لا فيما بينهم.

مسألة: [ميراث الغَرْقى ونحوهم]

قال: (والغَرْقى، والذين يموتون تحت الرَّدْم إذا لم يُعْلَم تَقَدُّم موتِ أحدِهم على الآخر، لا يَرِثُ بعضُهم من بعض، ويَرِثُهم الأحياء)

وذلك لأنَّا نحكم بموتهم معاً، إذ لم يكن واحد منهم بأولى بالحكم بتقدُّم موته من صاحبه.

فإن قيل: هلَّا ورَّثْتَ أحدَهم من صاحبه، ثم ورَّثْتَ الآخر منه.

قيل له: هذا محال، لأنك إذا حكمتَ له بحكم الميت في وقت، استحال الحكم له بحكم الحيِّ في ذلك الوقت، وقولك هذا يؤدي إلى ما وصفنا.

مسألة: [من لا يرث لا يحجُب]

قال: (ومَن لا يرث ممن ذكرنا لم يَحْجُب)

قال أحمد: يعني أن لا يكون من أهل الميراث، نحو العبد والكافر، والقاتل، وإنما كان كذلك، من قِبَل أنهم لا يختلفون أن الجَدَّ يرث ابنَ ابنه إذا مات وهما مسلمان، والأب كافر، فجعلوا الكافر بمنزلة الميت في هذا الوجه، كذلك في سائر وجوه الحَجْب.

قال: [حجب الأب لمَن فوقه مِن أصوله]

١٢٩/ (والأب لا يَرِثُ معه مَنْ فَوقَه من الآباء، ولا/ أحدٌ من أمهاته)

قال أحمد: أما حجبه للجد فلا خلاف فيه(١)، ويحجُب أمَّه أيضاً عندنا، لأنه لما حَجَبَ(٢) أباه، فحَجْبُه الأمَّ أولى، لأن الأب آكد(٣) أمراً في المواريث من الجَدّ.

وكما اتفقوا على أن الأم تحجُب أمَّها(٤)، كذلك وجب أن يحجُبَها الأب.

---

(١) المغني ٧/٦٤.
(٢) في الأصل (حجبه).
(٣) في الأصل (لأن الجد أكثر).
(٤) المغني ٧/٥٢.

قال: [حَجْبُ الأبِ الإخوةَ والأخوات]

(ولا يرث مع الأب أحدٌ من الإخوة والأخوات) لقول الله تعالى: {فإن لم يكن له ولدٌ وورثهُ أبواه فلأمّه الثلثُ}(١)

فجعل جميعَ الميراث لهما عند عدم الولد، ثم قال {فإن كان له إخوة فلأمّه السُّدُس}(١)، فجَعَلَ لها السدس مع الإخوة، والباقي للأب بقوله بَدْءاً {وورثه أبواه} فَتَضَمَّنت الآية حِرمان الإخوة الميراثَ مع الأب.

وقوله تعالى {فإن لم يَكُنْ له ولدٌ ووَرِثَهُ أبواه} دلالة ظاهرة في استحقاقهما الميراثَ عند عدم الولد، سواء كان هناك إخوة أو لم يكن، ففي الآية وجهان من الدلالة على صحة ما ذكرنا.

قال: [حَجْبُ الأمّ للجدة]

(ولا يرث مع الأم جَدّة) وهذا لا خلاف فيه.(٢)

قال: [مَنْ يَحْجُبُه الجَدّ]

(ولا يرث مع الجد ابنُ أخٍ للمتوفّى، ولا أحداً مِن إخوة المتوفّى لأمه) وهذا أيضا لا خلاف فيه.(٣)

قال: [حجب البنت وبنت الابن للإخوة من الأم]

(ولا يرث الإخوة من الأم مع البنت، ولا مع بنت الابن وإن سَفَل)

وذلك لقول الله تعالى {وإن كان رجلٌ يُورَثُ كلالةً أو امرأةٌ وله أخٌ أو أختٌ -يعني لأم- فلكلِّ واحدٍ منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شُرَكاء في الثلث}(٤)

والكلالة ما عدا الوالد والولد، فيصير تقدير الآية:

وإن مات رجل، ولم يترك ولداً، أو والداً،(٥) وترك أخاً أو أختاً لأم، فلكل واحد منهما السدس.

وبنت الابن كابنة الصُّلْب، إذْ لم تكن بنت الصُّلْب في حرمان الكلالة، كما كانت بمنزلتها في استحقاق تسميتها.

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/١١.
(٢) المغني ٧/٥٢.
(٣) المغني ٧/٤.
(٤) من سورة النساء، آية رقم/١٢.
(٥) في الأصل (أو).

قال: . [ميراث المرأة بالوَلاء]

(ولا ترث المرأة بالوَلاء إلا من أَعْتَقَتْ، أو أَعْتَقَ مَن أَعْتَقَت)(١).

وذلك لأن الولاء تعصيب، وليس ذلك للمرأة، ألا ترى أن العم عَصَبَة، والعمَّة مساوية له في النسب، ولا تعصيب لها.

وأما إذا أَعْتَقَتْ هي، فلقول النبي صلى الله عليه وسلم "إنما الولاء لمَن أَعْتَق"(٢) ولم يفرِّق بين المرأة والرجل.

"وروي أن ابنةَ حَمْزة أَعْتَقَتْ عبداً، فمات وتَرَك ابنةً، وبنتَ حمزة، فأعطى النبيُّ صلى الله عليه وسلم بنتَه النصف، وبنتَ حمزة النصف"(٣)

"ولحديث واثِلة بنت الأَسْقَع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: المرأة تَحُوزُ ثلاثةَ مواريث عَتِيْقَها، ولَقِيْطَها، وولدَها الذي لاعَنَتْ به"(٤)

* * * *
* * *

---

(١) أي اذا أعتقت عبدا، ثم العبد أعتق آخر، فمات هذا الأخير، فولاؤه لها. والله أعلم.

(٢) صحيح البخاري، الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ٥٥٠/١، الفرائض، باب ميراث النساء من الولاء ٤٥/١٢-٤٧، صحيح مسلم، العتق، باب انما الولاء لمن أعتق ١١٤١/٢.

(٣) سنن ابن ماجه، الفرائض، باب ميراث الولاء ٩١٣/٢، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٨٠/٣ "في اسناده ابن أبي ليلى القاضي، وأعله النسائي بالارسال، وصحح هو والدارقطني الطريق المرسلة، وفي الباب عن ابن عباس أخرجه الدارقطني" أ.هـ سنن الدار قطني ٨٣/٤-٨٤، المستدرك للحاكم ٦٦/٤.

(٤) سنن أبي داود، الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة ٣٢٥/٣ وسكت عنه، سنن الترمذي، الفرائض، باب ما يرث النساء من الولاء ٤٢٩/٣ وقال حديث حسن غريب، سنن ابن ماجه، الفرائض، باب تحوز المرأة ثلاث مواريث ٩١٦/٢، المستدرك للحاكم ٣٤١/٤ ووافقه الذهبي على تصحيحه.

وذكر له ابن حجر في الفتح ٣١/١٢ عدة طرق ثم قال: وهذه طرق يقوى بعضها ببعض.

باب قِسْمَة المَوَاريث

قال: [ميراث الزَّوْج]

(وللزوج النِّصف من ميراث زوجته إذا لم يكن لها ولد، أو ولدُ ابنٍ، قَرُب منها، أو بَعُد)

وذلك لقول الله تعالى {ولكُم نِصْفُ ما تَرَكَ أزواجُكم إن لم يَكُنْ لهنَّ ولد}(١)، واسم الولد يتناول ولدَ الابن.

(قال: فإن كان لها ولدٌ، أو ولدُ ابنٍ، فله الرُّبُع) لقوله تعالى {فإن كانَ لهنَّ ولدٌ فلَكُمُ الرُّبُع}(١)

[ميراث الزوجة]

(وللمرأة مِن ميراث زوجها الرُّبُع إذا لم يكن له ولد، ولا ولدُ ابنٍ، فإن كان له ولد، أو ولدُ ابنٍ، وإن سَفَل، فلها الثُّمُن)، وذلك لقول الله تعالى:

{ولهُنَّ الرُّبُعُ ممـا تَرَكْتُم إن لم يَكُنْ لكُمْ وَلَد. فإن كان لكُم وَلَدٌ فلهُنَّ الثُّمُنُ مما تَرَكتم}(١)

قال: (والمرأتان، والثلاث، والأربع شُرَكَاء في الرُّبُع أو الثُّمُن)

وذلك لقول الله تعالى {ولهُنَّ الرُّبُعُ مما تَرَكتم}(١). فلم يجعل لجماعتهن أكثرَ من الربع.

قال: [ميراث الأم]

(وللأم الثُّلُث إن لم يكن للميِّت ولد، ولا ولدُ ابنٍ، وإن سَفَل، ولا إثنان من الإخوة والأخوات فصاعداً)

وذلك لقول الله تعالى {ولأبَوَيْه لكلِّ واحدٍ منهما السُّدُس مما تَرَكَ إن كان له وَلَد. فإن لم يكن له وَلَدٌ وَوَرِثَه أبواه فلأمه الثلث}(٢)

فجعل لها السدس مع الولد. واسمُ الولد يتناول ولدَ الابن، وكذلك مع الإخوة. واسم الإخوة يتناول الإثنين منهم فصاعداً.

قال: (إلا في فريضَتَيْن، إحداهما: زَوْجٌ وأبوان، والأخرى امرأةٌ

---

(١) من سورة النساء، آية رقم /١٢.
(٢) من سورة النساء، آية رقم /١١.

وأبوان،فإن للأم ثلث ما بقي في هاتَيْن الفريضَتَيْن بعد نصيب الزوج والزوجة،وما بقي فللأب)

وذلك لقول الله تعالى{وَوَرِثَه أبواه فلأمه الثلث}(١) فأوجب لها الثلثَ عند عدم الولد،وأوجب الثُلُثَيْن للأب،فإذا استحق الزوجُ النصفَ،صار كأن الميراث لم يكن إلا الباقي،فَوَجَب أن يستحقا على الثلثين والثلث،كما كانا يستحقانه قبل دخول الزوج في الميراث بعموم اللفظ.

وأيضا مِن جهة النظر،لما كان لها مثلَ نصف نصيب الأب عند عدم الزوج والزوجة،وَجَبَ أن يكون كذلك حُكْمُها في التسمية عند دخول الزوج والزوجة،والعلة الجامعة بينهما عدم الولد.

قال: [ميراث الأم مع الجد]

(ولو كان مكان الأب الجَد،كان للأم ثلث المال كاملاً،ولا يكون الجَدُّ في هذه الوجوه بمنزلة الأب،كما أنَّ ابنَ الابن بمنزلة الابن،/ولا يكون مع البنت بمنزلة ابنِ الصُّلْب،ألا ترى أن البنت تأخذ النصف كاملاً،وما بقي فلابن الابن،كذلك الجَدّ مع الأم،فوجب أن تأخذ الأم ثلثَ المال كاملاً بعد نصيب الزوج،وما بقي فللجد. /١٣٠

[ميراث البنت]

(وللبنت النصف)بنص التنزيل،وهو قولُ الله تعالى:{يُوصِيكُمُ الله في أولادِكُم للذَّكَرِ مِثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْن،فإن كُنَّ نساءً فوق اثنتَيْن فلهنَّ ثُلُثَا ما ترك،وإن كانت واحدةً فلها النصف}(١)

(وللبنْتَيْن الثلثان،وكذلك لما فوقهما)(٢)،لاتفاق الجميع على أن الأختَيْن بمنزلة الثلاث،كذلك البنتان،والعلة الجامعة بينهما أن كلّ واحدة قسمتها(٣) النصف إذا انفردت من البنات والأخوات.

فإن قيل:قال الله تعالى{فإنْ كُنَّ نساءً فَوْقَ اثْنَتَيْن}(١)(٤)

---

(١) من سورة النساء،آية رقم/١١.
(٢) المغني ١٣/٧-١٤.
(٣) في الأصل (قسمته).
(٤) يراد من هذا الاعتراض-والله أعلم-أن الله فرض في هذه الآية الثلثين لما فوق الاثنتين،وليس للاثنتين،وأجاب بأن (فوق)=

قيل له: هذا كقوله تعالى{فَاضْرِبُوا فَوْقَ الأَعْنَاقِ}(١)

قال: [ميراث البنات وبنات الابن]

(ولاشيء لبنت الابن مع ابنَتَي الصُّلب، إلا أن يكون معها ذَكَر)

وذلك لأن البنتَيْن قد استكملَتَا جميعَ سهام البنات، وهما الثلثان، فلم يبق لبنات الابن شيء.

قال: (وإن ترك ابنةً وابنةَ ابن، فللابنة النصف، ولابنة الابن السدس، وما بقي فللعَصَبَة) رواه هُزَيْل(٢) بن شُرَحْبِيل عن عبد الله ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم.(٣)

مسألة: [المُشَرَّكَة]

(ولا يُشَرَك بين الإخوة والأخوات من الأب والأم، والإخوة والأخوات من الأم، في مسألة المُشَرَّكَة(٤)، وهي زوج وأم وإخوة، أو أخوات لأم، وإخوة وأخوات لأب وأم، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة من الأم الثلث، ولا شيء للذين من قِبَل الأب والأم).

وهو مذهب علي، وقد كان عمر لا يُشْرِك، ثم شَرَك بينهما جميعاً في الثلث.(٥)(٥)

والحجة لقولنا أن الزوج له تسمية النِّصف فيستحِقُّه، وللأم تسمية السُّدُس فتأخُذُه، وللإخوة من الأم الثلث أيضاً بالتسمية، فلا يجوز أن يُشْرَك بينهم وبين الإخوة من الأب والأم، لأن ذلك يوجب نقصان حظِّهم عن المسمَّى لهم، وقد سمَّى الله لهم الثلث بقوله {فإن كانوا أكثرَ من ذلك فَهُم شُرَكاء في الثلث}(٦)

= هنا، كهي في قوله تعالى{فوق الأعناق}وهي لصلة الكلام، أي زائدة، ففي أحكام القرآن له ٨١/٢ قال: "وقد قيل ان قوله تعالى {فإن كن نساء فوق اثنتين} ان ذكر (فوق)ها هنا صلة للكلام كقوله تعالى{فاضربوا فوق الأعناق}". ا.هـ وقد توسع في هذه المسألة في أحكامه ٨٠/٢، أما قوله ان (فوق) زائدة فقد رد ذلك القرطبي في الجامع ٦٣/٥.

(١) من سورة الأنفال، آية رقم/١٢.

(٢) في الأصل (هذيل)، والتصويب من صحيح البخاري.

(٣) صحيح البخاري، الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة ١٧/١٢.

(٤) سميت بذلك "لأنها شركت بين الإخوة"، كما في المصباح المنير (شرك).

(٥) مصنف عبد الرزاق ٢٥١/١٠، سنن البيهقي ٢٥٥/٦-٢٥٦.

(٦) من سورة النساء، آية رقم/١٢.

ولا خلاف أن المراد بهم الكَلالة،وهم الإخوة أو الأخوات من الأم.[1]

وأيضا فإن الإخوة أو الأخوات من الأب والأم عَصَبَة،ففي هذه الحال ليسوا من أهل التسمية،فلا يَدْخلون على ذوي السّهام في سهامهم.

فإن قيل:فقد ساوَوُا الإخوةَ من الأم في قرابتهم من جهة الأم، فينبغي أن لا يُبْخَسَوا لأجل الأب؛لأن الأب إن لم يؤكّد أمرَهم،لم يُنْقِصْهُم.

قيل له: الاعتبار بما ذكرت،لأنه لو ترك زوجاً،وأمّاً،وأخاً لأم وعِشرين أخاً لأب وأم،استَحَقّ الأخُ من الأم السدسَ كاملاً،والسدسُ الباقي بين الإخوة من الأب والأم،فنصيب كلّ واحد منهم أقل من نصيب الأخ من الأم،ولم يستحق بمساواته الأخ من الأم في قرابة الأم مساواتهما في الميراث،كذلك ما وصفنا.

مسألة: [الأخوات مع البنات عَصَبَة]

(والأخوات مع البنات عصبة)،لما روى"ابنُ مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم في بنتٍ،وبنتِ ابن،وأُختٍ،أن للبنت النصف، ولبنت الابن السدس،وما بقي فللأخت"[2]

فإن قيل:قال الله تعالى{إن امرؤٌ هَلَكَ ليس له وَلَدٌ وله أختٌ فلها نصف ما تَرَك}[3] فإنما جَعَلَ لها النصف عند عدم الولد، فكيف تعطيها النصف مع الولد؟.

قيل له:تسميتُه لها النصف في حال عدم الولد،لا دلالة فيه على حكمها عند وجود الولد،لأن المخصوص بالذكر،لا يدل على أن ما عداه فحُكْمُه خلافه،كقوله تعالى{ولا تَقْتُلُوا أولادَكم خشيةَ إملاق}[4] ولم يدل على أن لنا قتلَهم إذا لم نخشَ الإملاق.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ٧٨/٥.

(٢) صحيح البخاري،الفرائض،باب ميراث ابنة ابن مع ابنة ١٧/١٢.

(٣) من سورة النساء،آية رقم/١٧٦.

(٤) من سورة الاسراء،آية رقم/٣١.

وإذا كان كذلك،فحال عدم الولد حكمُها موقوف على الدلالة،
وقد وردت السنة بإعطائها النصف مع البنت،فأعطيناها.

وأيضا قال{وَهُوَ يَرِثُها إن لم يكن لها ولد}(١)،ثم يرثها أيضاً إذا كان لها ابنة،وكان معنى الآية:إن لم يكن لها ولد ذكر.

وكذلك قوله{إن امرؤٌ هَلَكَ ليس له ولد،وله أختٌ فلها نصف ما ترك}(١) معناه:ليس له ولد ذكر.

وإن كان قولنا هذا خلاف الآية،فقول مخالفِنا في توريث الإخ من الأب مع البنت خلاف الآية.

فإن قيل:قد روي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:"ألْحِقُوا الفرائضَ بأهلها،فما بَقِيَ فلأَوْلَى عَصَبَة ذَكَر"(٢).

قيل له:هذا فيمن عد(٣) مسألتنا لنستعمل الخبرَين جميعاً،يدل على ذلك أنه لو كان معها أخ،لكان الباقي للذكر مثل حظّ الأنثيين بالاتفاق(٤).

مسألة: [ميراث الجَدّات]

(والجدات وإن كَثُرْنَ فلهنّ السدس)(٥)وهو اتفاق الصحابة،إلا شيء يروى عن ابن عباس مِن أن الجَدّة بمنزلة الأم،ولها الثلث(٦).
كما أن الجَدّ بمنزلة الأب.

"وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أعطاها السدس"(٧)

---

(١) من سورة النساء،آية رقم/١٧٦.
(٢) صحيح البخاري،الفرائض،باب ميراث الولد من أبيه وأمه ١١/١٢،صحيح مسلم،الفرائض،باب ألحقوا الفرائض بأهلها ٣/١٢٣٣
(٣) هكذا في الأصل،والمراد أن هذا الحديث دليل لنا وليس علينا،"فاذا أعطينا البنت النصف،وجب أن نعطي الباقي الأخ،لأنه أولى عصبة ذكر"كما في أحكام القرآن للمصنف ٢/٩٤.والله أعلم.
(٤) المغني ٧/٩.
(٥) سنن البيهقي ٦/٢٣٥،التلخيص الحبير ٣/٨٣.
(٦) المحلى لابن حزم ٩/٢٧٢.
(٧) سنن أبي داود،الفرائض،باب ميراث الجدة ٣/٣١٦،سنن الدار قطني ٤/٩١،سنن البيهقي ٦/٢٣٤،وقد"صححه ابن خزيمة وابن الجارود،وقواه ابن عدي"كما في بلوغ المرام للحافظ ابن حجر ٣/١٠٠(مع شرحه سبل السلام.

ومـيـراث الـجَدَّة مـأخوذ مـن الـسنّـة،ولـم يـرد فـيـهـا أكـثـر مـن السدس،ولا تزاد(١) عليه .

قال: [ميراث أم أب الأم]

(ولا يـرث من الـجَدَّات أم أب الأم)،وذلـك لأن أبـا الأم لا يرث مع ذوي الـسهام والـعصبات/،فكيف ترث أمه؟وإنـمـا هي بدل منه . /١٣١

* * * *
* * *

-----

(١) في الأصل (ترد) .

باب العصبة

(وأقرب العصبة الابن وإن سَفَل)وهو اتفاق من أهل العلم[1]،ثم الأب بعد الابن وابن الابن،ثم الجَدّ وإن عَلَا،في قول أبي حنيفة، ثم الأخ من الأب والأم،ثم الأخ من الأب،ثم العمّ من الأب والأم،ثم العم من الأب،ثم كذلك فيقدَّم في ذلك مَن عَلَا على مَنْ هو أبعد)

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم "أَلْحِقوا الفرائضَ بأهلها،فما بقي فلأَوْلَى عَصَبَة ذَكَر"[2]

قال: [مولى النّعمة هو العصبة إن لم تكن عصبة نسب]

(وإذا لم تكن عصبةٌ مِن نَسَب،فمولى النِّعْمَة[3] هو العصبة)،وذلك لما "روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنتَ مولى بنتِ حمزة نصف ميراثه،وأعطى بنتَ حمزة النصف"[4]،فجعلها عَصَبَةً مع البنت.

* * * *
* * *

---

(١) المغني ٧/٢٠.
(٢) تقدم ص/٢٨٢،حاشية (٢).
(٣) أي المولى المعتِق،كما في المغرب ٢/٣٧١.
(٤) تقدم ص/٤٧٧،حاشية (٣).

باب الجَدّ

مسألة: [ميراث الجَدّ]

(وللجَدّ مع الولد السُّدس،وإن كان الولد أنثى،كان ما بقي بعد فَرْضِها للجدّ أيضا.

قال:وإن كان مع الجد أحدٌ من الإخوة والأخوات للأب والأم، وليس معهم مَن له فرض معلوم،فإن أبا حنيفة كان يقول:المالُ كله للجَدّ دونهم،وجَعَلَه معهم بمنزلة الأب،وأما أبو يوسف ومحمد فكانا يقولان في ذلك:إن الجد يقاسم الأخ الواحد والأخت الواحدة(١)،وأكثر من ذلك من الإخوة والأخوات ما كان حظ الجد بالمقاسمة ثُلُثُ المال فصاعداً،وإن نَقَصَ حظُّه بالمقاسمة مِن ثلث المال كُمِّل له ثلث المال،ثم قُسِّم ما بقي بين الإخوة والأخوات للأب والأم،للذَّكر مثل حظّ الأُنْثَيَيْن،ومذهبُهما في جميع مسائل الجَدّ مذهب زيد بن ثابت)(٢)

وجه قول أبي حنيفة في ذلك قول الله تعالى{وَوَرِثَه أبواه فلأمّه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس}(٣)

واسم الأب يتناول الجَدّ،قال الله تعالى{مِلّةَ أبيكُم إبراهيم}(٤)

فلما تناوله الاسم،أوجَبَت الآية الثلثين مع الأم من غير إخوة، وإذا كان معها إخوة،فله خمسة أسداس.

فإن قيل:قد قال الله تعالى{واتَّبَعْتُ مِلّة آبائي إبراهيمَ وإسحقَ ويعقوب}(٥)

فسَمَّى العمَّ أباً،ولا يقوم مقامَ الأب في استحقاقه.

قيل له:ليس يمنع وقوع الاسم عليه،خروجُه من الميراث، لدلالةٍ تقوم عليه،وقد قامت دلالة الاتفاق على أن العَمَّ لا يقوم مقام الأب في الميراث(٦).

---

(١) في الأصل (الأخت)،والتصويب من المختصر ص/١٤٨.
(٢) كما سيأتي بيانه ص/٤٨٨ ان شاء الله.
(٣) من سورة النساء،آية رقم/١١.
(٤) من سورة الحج،آية رقم/٧٨.
(٥) من سورة يوسف،آية رقم/٣٨.
(٦) أحكام القرآن (٨٤/١).

ألا ترى أن اسم الأب يتناول العبدَ والقاتِل،ولا يستحقون الميراث،بدلالةٍ أوجبت إخراجهم منه .

ودليل آخر،وهو أن الجَدَّ له وِلَاد وتعصيب،فصار كالأب،فلما كان الأب(١) أولى بالميراث من الأخ،من حيث كان له وِلاد وتعصيب، وَجَبَ أن يكون الجَدُّ بمشابهته،لوجود هذه العلة .

ويدل عليه أيضا أن ابنَ الابن مُدْلٍ(٢) ذُو تعصيب،قام مقامَ الابن فكان أولى من الأخ،فوَجَبَ أن يكون الجَدُّ كذلك.

وأيضا الجَدُّ يُدْلِي بابنه إلى الميت،والأخ يُدلي بأبيه،وهو أبو الميت،كما يُدلي العَمّ بأبيه،فكما كان الجد أولى مِن العم لهذه العلة،وهي موجودة في الأخ،وَجَبَ أن يكون أَوْلَى منه .

وأيضا لما كان الجَدّ يُدلي بابنه،والأخ يدلي بأبيه،ولو اجتمع الأب والابن كان الابن أولاهما بالتعصيب،كذلك مَن يُدلي بالابن ينبغي أن يكون أولى بالتعصيب ممَّن يدلي بالأب.

ألا ترى أن ابن الابن لما كان يُدلي بابنِ الميت،كان أولى من الأخ الذي يدلي بأبي الميت.

فإن قيل: الأخ والجد(٣) جميعاً يدليان بأبي الميت،فينبغي أن يتساويا .

قيل له :لا خلاف أنهما غير متساوِيَيْن في الميراث،لأن الجَدّ يستحق بالتسمية،ولا يُحرم بحال إذا لم يكن أب،والأخ لا يستحق تسمية،وقد يُحرم مع الجد .

فإن قيل:هذا الاعتلال يوجب أن يكون الجد بالتعصيب،أولى من ابن الابن،لأن الجد يدلي بأبيه،وابن الابن يدلي بابنه .

قيل له : ابن الابن وإن أدلى بابنه فإنه يدلي بابنِ الميت، فلذلك لم يكن الجد أولى منه بالتعصيب،وأما الأخ فلا يُدلي بابنِ نفسه،ولابابْنِ الميت،ولايساوي مَن يُدلي بابنٍ،على أيِّ وجه كانت البنوة .

---

(١) في الأصل (الأب).
(٢) في الأصل (مولى).
(٣) في الأصل (الأب)،والسياق يقتضي لفظ (الجد)،ونص المؤلف في أحكام القرآن ١/٨٤ (الأخ والجد).

وأيضا يُدلي الجَدُّ بأبوةِ الميت،وهو أولى ممَّن يدلي ببني ابن الميت،كما أن الجد أولى من العم،لأنه أدلى بأبوة الميت، والعم أدلى بُبنوَّة الجد.

قال أحمد:وهذا الذي ذكرناه من قول أبي حنيفة،هو قول أبي بكر الصديق،وأَحَد أقاويل عمر بن الخطاب،وإحدى الروايتَيْن عن عثمان،وأَحَدِ أقاويل علي،وهو قول ابن عباس،ومُعاذ بن جَبَل، وعائشة،وأبي الدَّرْدَاء،وأُبَيّ بن كَعب،وأبي موسى،وإليه ذهب الحسن البصري،وجابر بن زيد.(١)

وأما قول عليٍ المشهور فإنه يقول:(٢) إذا كُنَّ أخوات متفرقات وجَدّ،كان للأخوات فرائضهن،وما بقي فللجد،فإذا كانوا إخوة منفردين،أو إخوة وأخوات مجتمِعين،فإنه يقاسِم بهم الجد مادامت المقاسمة خيراً له من السدس،فإذا كان السدس خيراً له،أعطاه السدس،وما بقي فللإخوة والأخوات.

ووجه قوله إذا كن أخوات منفردات في إعطائهن/التسمية: /١٣ج
أن للأخوات تسمية مذكورة في الكتاب،(٣) وليس للجد تسمية، فالأخوات من هذه الجهة أقوى حالاً من الجَدّ،فأعطى الأخوات فرائضَهن،وما بقي فللجد بالتعصيب.

وإذا كانوا إخوة وأخوات نَظَر،فرأى للجَدّ مزية ليست للإخوة والأخوات،وهي الأُبُوَّة،وَرِثَ مع الابن،ولا ترث معه الكلالة،وله ولاية وليست للإخوة والأخوات.

ورأى أيضا للإخوة والأخوات حالاً لم يَرَهَا للجَدّ،وهي أن ميراثهم مذكور في الكتاب في قوله{وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً فللذَّكَر مثلُ حظّ الأُنْثَيَيْن}(٤) وأنهم أقرب إلى الأب من الجد.

---

(١) تنظر هذه الآثار في مصنف عبد الرزاق ١٠/٢٦٣-٢٦٤،سنن البيهقي ٦/٢٤٦-٢٤٧.
وجابر بن زيد هو عالم أهل البصرة في زمانه،من كبار تلامذة ابن عباس،توفي سنة/٩٣ هـ،له ترجمة في السير ٤/٤٨١.
(٢) سنن البيهقي ٦/٢٤٩-٢٥٠.
(٣) حيث قال تعالى{فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث،فإن كان له إخوة فلأمه السدس}من سورة النساء آية رقم/١١،فذكر للأخوات تسمية،وذكر للأم السدس،ولم يذكر للجد تسمية،والله أعلم.
(٤) من سورة النساء،آية رقم/١٧٦.

والأب هو النسب الذي يُدلي به الفريقان، فسوَّى بينهم في القسمة ما دامت المقاسمة خيراً له من السدس، ولم يحطَّه عن السدس، لأنه لا يسقط بحال، والإخوة والأخوات يسقطون بحال، فإذا كان ابنة [أ]و ابنتان[1]، وإخوة وأخوات، وجدٌّ، أعطى البنات فرائضهن، والجَدّ السدس، وما بقي فللإخوة والأخوات، كان أخٌ أو أخت، مِن قِبَل أن الإخوة والأخوات عَصَبةُ البنات، وليس في تعصيب الجَدّ نص.

ولو كان اجتمع ابنة، وأخت لأب وأم، وأخ لأب، كان للابنة النصف وما بقي فللأخت، وليس للأخ هاهنا تعصيب، وهو مساوٍ للجد، فكذلك الجَدّ يسقط مع الأخت إذا صارت عَصَبةً، وبقي تأكيد حال الجد في استحقاقه الميراث مع الابن، فأعطاه السدس.

وإلى مذهب علي ذَهَبَ[2] ابنُ أبي ليلى[3] والحَسن بن زياد اللؤلؤي[4]، وشريك[5]، والمُغيرة[6]، والحسن بن صالح بن حَيّ[7].

وأما قول زيد بن ثابت فإنه يقاسِم الجد بالإخوة المنفردين والأخوات المنفردات، والإخوة والأخوات مجتمعين، ما دامت المقاسمة خيراً له من الثلث، إذا لم يكن هناك ذُو سَهم، مِن قِبَل أنه نَظَر في حال الجَدّ، فوَجَدَ لها من التأكيد ما قدَّمنا ذكره في وصف مذهب علي، ووَجَدَ للأخ أيضاً أحوالا متأكِّدة ليست للجد، فسوَّى بينهم، ثم قال: للأخ إذا انفرد تعصيب الأخت، فوجب أن يعصِّبها

---

(١) في الأصل (وابنتان).
(٢) وقد نسب القول إلى هؤلاء الأئمة أيضا ابن حزم في المحلى ٢٨٥/٩، وابن قدامة في المغني ٦٧/٧.
(٣) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الامام مفتي الكوفة وقاضيها، وكان نظيرا للامام أبي حنيفة في الفقه، توفي سنة/١٤٨هـ. له ترجمة في سير أعلام النبلاء ٣١٠/٦.
(٤) الكوفي، صاحب الامام أبي حنيفة، العلامة فقيه العراق، توفي سنة/٢٠٤هـ. له ترجمة في سير النبلاء ٥٤٣/٩، الفوائد البهية ص/٦٠، وللعلامة الشيخ محمد زاهد الكوثري رحمه الله كتاب "الامتاع بسيرة الامامين الحسن بن زياد وصاحبه محمد بن شجاع".
(٥) شريك بن عبد الله النخعي، القاضي، كان اماما فقيها محدثا توفي سنة/١٧٧هـ. له ترجمة في تذكرة الحفاظ ٢٣٢/١.
(٦) المغيرة بن مقسم، الامام الحافظ، الفقيه، الكوفي، كان من فقهاء أصحاب ابراهيم النخعي، توفي سنة/١٣٣هـ. له ترجمة في سير النبلاء ١٠/٦، وقد ذكره الجصاص هنا باسم المغيرة، دون ذكر اسم أبيه، وقد تبين لي أنه ابن مقسم من المغني لابن قدامة ٦٧/٧، والمحلى ٢٨٥/٩ والله أعلم.
(٧) الامام الكبير، الكوفي الفقيه العابد، توفي سنة/١٦٧هـ وقيل/١٦٩هـ. له ترجمة في سير النبلاء ٣٦١/٧.

الجَدَّ أيضا،فإذا ضَاق عنهم المالُ،أعطى الجَدَّ الثلثَ،مِن قِبَل أن الجَدَّ بحِذاء الجَدَّة،كما أن الأم بحِذاء الأب.فلما كان للأب مِثْلَا ما للأم،وَجَبَ أن يكون للجد مِثْلَا ما للجدَّة.فلما كان للجدة السدس،وَجَبَ أن يكون للجد الثلث.

ويَعْتَدُّ بأولاد الأب مع أولاد الأب والأم في القسمة.ثم يردّ ما أخَذُوه على أولاد الأب والأم،وذلك أنه إذا كان أخ لأب وأم،وأخ لأب،وجَدّ،قَسَمَ المال بينهم على ثلاثة.ثم يردُّ الأخُ من الأب ما في يده على الأخِ من الأب والأم،وذلك لأن قرابتهم من الأب سواء.وكلُّهم يرثون بقُربهم من الأب،فإذا انفرد الجدُّ بحصته،بقي الأخ من الأب والأم مع الأخ من الأب،فيردّ عليه الأخُ من الأب،لأنه لايرث مع الأخ من الأب والأم.

وإذا كان في الورثة ذُو سَهْمٍ أعطى كلَّ ذي سهم سهمَه.ثم ينظر بين الجد والإخوة والأخوات،فيعطيه أحدَ ثلاثة أشياء،أيّها كان خيراً له أعطاه:السدس،أو المقاسمة،أو ثلث مابقي.

ووجه اعتبار ذلك إذا ضاق عنهم المال،فليس يجوز أن يكون الجد آكد حالاً من الأب،والأب يُعطى السدس إذا ضاق المال عن السهام،وإذا قاسَمَ جَعَلَه كأحدِ الإخوة.وإذا كان ثلث مابقي خيراً له أعطاه ثلث ما بقي.لأنه أقوى حالاً من الأخ.لأنه يرث مع الابن،والأخ لا يرث مع الابن.

[مسألة الأَكْدَرِيَّة]

وقال زيد في مسألة الأَكْدَرِيَّة(١) :وهي زوج،وأم،وأخت،وجَدّ،قال:لو انفرد الجد بلا أخت كان للزوج النصف،وللأم الثلث،وما بقي فللجد،وهو السدس.

---

(١) جاء في سبب تسميتها بهذا الاسم عند ابن أبي شيبة في المصنف ٣٠٢/١١ وكيع عن سفيان قال:قلت للأعمش:لم سميت الأكدرية؟قال:طرحها عبد الملك بن مروان على رجل يقال له الأكدر،كان ينظر في الفرائض،فأخطأ فيها فسماها الأكدرية.قال وكيع:وكنا نسمع قبل أن يفسر سفيان:إنما سميت الأكدرية لأن قول زيد تكدر منها ا.هـ
وينظر حاشية التحفة الخيرية للباجوري على الفوائد الشنشورية شرح الرحبية ص/١٤٦.

ولو انفردت الأخت بلا جَد ،كان للزوج النصف،ولها النصف،وللأم الثلث،فيكون للأخت في هذه الحال النصف،فإذا اجتمعا أعطى كلّ واحد سهمَه لو انفرد .

فتجعل للزوج النصف،وللأخت النصف،وللأم الثلث،وللجَدّ السدس، ثم جَمَعَ ما في يد الأخت إلى ما في يد الجَد ،فَجُعِلَ بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين،لأنه يجعل الأخت مع الجد بمنزلتها مع الأخ.

وإلى قول زيد ذهب أبو يوسف ومحمد وسفيان (١) الثوري ومالك (٢) والأوزاعي (٣) والشافعي (٤).

وأما مذهب عبد الله بن مسعود وهو قول (٥) علقمة (٦) والأسود (٧) ومسروق بن الأجدع (٨) وعَبِيْدَة السَّلْمَاني (٩) فإنه يقول: إذا كانت الأخوات منفردات وجَدّ ،مثل قول علي في ذلك،لأن الأخوات لهنَّ سهام مذكورة في الكتاب،فورَّثَهُن بالتسمية ،والجَدّ لا تسمية له ،وأعطى الأخوات فرائِضَهن،وما بقي فللجد .

---

(١) سفيان بن سعيد الثوري، الامام ،شيخ الاسلام ،سيد الحفاظ، الكوفي الفقيه ،توفي رحمه الله في البصرة سنة/١٦١هـ له ترجمة في تذكرة الحفاظ ٢٠٣/١ ،وقد ذكر قوله عبد الرزاق في مصنفه ٢٧٢/١٠.

(٢) الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي ٤٦٤/٤-٤٦٥.

(٣) عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي،شيخ الاسلام، الحافظ، امام عصره عموما ،وامام أهل الشام خصوصا ،ولد ببعلبك ثم تحول الى بيروت،وكان أهل الشام ثم أهل الأندلس على مذهبه مدة من الدهر،ثم فني العارفون به ،وبقي منه ما يوجد في كتب الخلاف توفي رحمه الله سنة/١٥٧هـ ،له ترجمة في تذكرة الحفاظ ١٧٨/١، وقد نسب اليه القول بهذا البغوي في شرح السنة ٣٤٣/٨.

(٤) المهذب ٣٤/٢.

(٥) أخرج هذه الآثار ابن أبي شيبة في المصنف ٣٠٦/١١،وعبد الرزاق في المصنف ٢٧٠/١٠.

(٦) علقمة بن قيس ،فقيه العراق،خال ابراهيم النخعي،وعم الأسود بن يزيد ،كان فقيها اماما بارعا ثبتا ،وهو من كبار التابعين،توفي رحمه الله سنة/٦٢هـ ،له ترجمة في تذكرة الحفاظ ٤٨/١.

(٧) الأسود بن يزيد بن قيس النخعي، الامام الفقيه العابد، عالم الكوفة ،وابن أخي عالمها علقمة ،وهو من كبار التابعين، توفي رحمه الله سنة/٧٥هـ ،له ترجمة في تذكرة الحفاظ ٥٠/١.

(٨) مسروق بن الأجدع، الامام الكوفي الفقيه ،كان أعلم بالفتوى من شريح ،وهو من كبار التابعين،توفي رحمه الله سنة/٦٣هـ ،له ترجمة في تذكرة الحفاظ ٤٩/١.

(٩) عبيدة بن عمرو السلماني، الكوفي، الفقيه العلم ،كاد أن يكون صحابيا ، أسلم زمن فتح مكة باليمن،وهو من كبار التابعين كان يوازي شريحا في القضاء ،توفي رحمه الله سنة/٧٢هـ ،له ترجمة في تذكرة الحفاظ ٥٠/١.

وإذا كان إخوة منفردين،أو إخوة وأخوات مجتمعين،نُظر إلى أحوال الجد،فَوُجد له أحوالاً مثل أحوال الأب،ووجد من أحوال الأخ أن ميراثه مذكور في الكتاب،وَوُجد الأخ من الأب والأم آكدُ حالاً من الأخ من الأب،فسوّى بين الجد والإخوة من الأب والأم ما دامت المقاسمة خيراً له من السدس إذا لم يكن هناك ذو سهم.

فإن كان أخت لأب وأم،وأخ لأب،وجدّ،جعل للأخت من الأب والأم النصف،وبقي بعد ذلك حكم التعصيب،فَوُجد الأخ عصبة،وكذلك الجد،(١) ووجد الجد آكدُ حالاً/فجعل ما بقي للجد،لأنهما جميعاً عصبتان، /١٣٣ وأحدُهما أقوى سبباً،وآكد حالاً.

*** وإذا كان هناك ذو سهم،وإخوة وأخوات،وجدّ،أعطى كلَّ ذي سهم سهمه،وجعل ما بقي بين الجد والإخوة والأخوات على روايتين:

روى الشعبي المقاسمةَ بينهم،مادامت المقاسمة خيراً له من السدس،على نحو قول علي.(٢)

وروى إبراهيم أنه قاسَمَ بينهم ما دامت المقاسمة خيراً له من ثلث ما بقي،أو سدس جميع المال،مثل قول زيد.(٢)

*** ولا يَعتدُّ بالإخوة والأخوات من الأب مع الإخوة والأخوات من الأب والأم في القسمة،كما يفعل زيد.(٣) لأن الإخوة من الأب في قول(٤) زيد يردُّون إلى الإخوة والأخوات من الأب والأم ما في أيديهم،ولا معنى لمقاسمتهم،وهم لا يأخذون شيئاً.

*** ولا يُفضِّلُ أُمّاً على جد،(٥) قال:لأن أحوال الجد كأحوال الأب في مواضع،فلا تُفَضَّل عليه،كما لا تُفَضَّل على الأب.

*** فإذا كانت أم،وأخت،وجد،فمن قوله أن للأخت النصف،وللأم ثلث ما بقي،وما بقي فللجد.(٦)

---

(١) في الأصل (أخت)،لكن سيذكر المؤلف بعد قليل أنه (أخ).
(٢) مصنف ابن أبي شيبة ١١/٣٠٥و٣٠٧،سنن البيهقي ٦/٢٤٩-٢٥٠.
(٣) مصنف عبد الرزاق ١٠/٢٦٨ ذكره من قول ابن مسعود رضي الله عنه.
(٤) في الأصل(لأن الاخوة ....(بياض)والاخوة من الأب)، وينظر في تصويبها فتح الباري ١٢/٢٢.
(٥) مصنف عبد الرزاق ١٠/٢٦٩.
(٦) كما في مصنف ابن أبي شيبة ١١/٣٠٢.

وعنه رواية أخرى أن للأخت النصف،وما بقي بين الأم والجد (١) نصفين.

ووجه هذه الرواية أن للجد أحوالاً مثل أحوال الأب،إلا أنه قد تباعَدَ حال الجد،لأنه في دَرَجَتَيْن،والأم في درجة،فسوّى بينهما.

*** وإذا كان زوج،وأم،وجد،فمثل ذلك على الروايات الثلاث.

*** وإن كانت بنت،وأخت،وجد،فمن قوله أن للبنت النصف، ومابقي فبين الأخت والجَد نصفين،لأن الأخوات عصبة البنات بنص السنة (٢)،وليس في الجَد نص رواية في التعصيب إلا أن للجد أحوالاً ليست للأخت.

*** وإذا كانت بنت،وأختان،وجّد،فمن قوله أن للبنت النصف، وما بقي فبينهم،للذكر مثل حظ الأنثيين.

*** فإن زادت الأخوات فمن قوله أن المال بينهم بعد نصيب البنت،للذكر مثل حظ الأنثيين ما دامت المقاسمة خيراً له من ثلث ما بقي.

*** وإذا كان مع البنت أخ واحد،وجّد،فإنه يعطي البنتَ نصيبها،وما بقي بين الجَدّ والأخ نصفين.

*** وإذا كانا أخوَيْن،فما بقي فبينهم على ثلاثة،وإن كانوا أكثر من ذلك،أعطى الجَدّ ثلث ما بقي،وما بقي فللإخوة.

* * * *
* * *

---

(١) كما في مصنف ابن أبي شيبة (٣٠٤/١١).
(٢) كما هو عند البخاري في صحيحه، الفرائض،باب ميراث الأخوات مع البنات عصبة ٢٤/١٢ وذكر قول النبي صلى الله عليه وسلم للابنة النصف ولابنة الابن السدس،وما بقي فللأخت.

باب ميراث ولد الملاعَنَة،وولد الزنا

قال أحمد:ولد الملاعَنة،وولد الزنا،لا نَسَبَ لهما من جهة أب، فهما بمنزلة مَن لا أب له،ولا قَرابة من جهته،فيرثه أخوه من أمه،وأمُّه،فإن كانت أمُّه عَتاقة لقوم كان الباقي بعد السّهام لمَوَاليها،لأنهم عَصَبَته،لأن ولاء الأم لهم،وإن لم يكن لها وَلاء كان ما بقي ردّاً عليها،وعلى إخوته لأمه،على قدر مواريثهم،كمَن مات وترك أمّاً وإخوة لأم.

مسألة: [حكم ادّعاء الملاعِن الولدَ المنفي]

قال:(وإذا ادّعى الملاعِنُ الولدَ المنفيَّ يثبُتُ نَسَبُه،وضُربَ الحدّ).

وذلك لأن إقراره بالنسب حق عليه،وما نفى(١) حق لغيره،فَجَحَدَه ثم أَقَرَّ به،صُدِّق على نفسه فيه.

وأيضا فلا خلاف أنه يُضرب الحدَّ(٢)،ووقوع الحد به يُبطِل حكمَ اللّعان،وذلك لأن اللّعَان حَدٌ" أيضاً مادام حكمه باقياً،ولا يجوز أن يجتمع عليه حدّان.

قال: [حكم ادّعاء الملاعِن الولدَ المنفيَّ وقد مات،ولم يخلف ولداً]

(فإن كان الولدُ قد توفي قبل ذلك،ولم يخلّف ولداً،فادّعاهُ لم يُصدَّق على الدّعوة،ولم يَرِثْه)،وذلك لأن نَسَبَه لا يرجع إليه بعد موته إذا لم يكن هناك حيٌّ يتعلق عليه النسب،لأنه لا يجوز إثبات النسب من الميت بعد موته.

ألا ترى أن مَن ادّعى لقيطاً بعد موته،لم يُلتَفَت إلى دعوته، ولو ادّعاه وهو حي صُدِّق،وكذلك لو باع غلاماً قد وُلِدَ عنده عن حَمْل كان في مِلكه،فادّعاه صُدِّقَ،وفُسِخَ البيع،ولو مات في يد المشتري ثم ادّعاه،لم يكن لدعوته حكم،ولم يُفْسَخ البيع.

---

(١) في الأصل (بقي).
(٢) المغني ٣٤/٩.

قال: [حكم ادّعاء الملاعن الولدَ المنفيَّ الذكرَ، وقد مات وترك ولداً]

(وإن كان الولدُ ذكراً، فماتَ وتَرَكَ ولداً، ثم ادَّعى الملاعِنُ الولدَ الذي لاعَن به، ثبت النسب منه)

وذلك لأن هاهنا ولداً حيّاً يجوز أن يتعلَّق عليه نسبه -وهو ابن الابن- مقام الابن، وألحقناه به بالفراش المتقدّم الذي نفاه باللعان، فمتى ارتفع حُكمُ اللّعان وهناك ولد، يجوز ثبوت النسب منه، ثَبَتَ بالفراش المتقدّم الذي كان يوجِب ثبوته، لولا اللعان.

/١٣٤ /وليس هذا بمنزلة مَن باع جاريةً، فولدت عند المشتري لأقل مِن ستة أشهر، ثم كَبِرَ الولد، وَوَلَدَ وَلَداً، ثم مات الولد الأول، ثم ادَّعاه البَيِّع، فلا يُصدَّق، لأن هذه دِعوة مبتَدَأة يُحتاج إلى ثباتها بَدْءاً في الولد الميت، ثم يثبت من الثاني بعده، فإذا لم يكن الولد الأول حيّاً لم يثبت.

وإنما كانت دِعوة مُبْتَدَأة، لأن فراش المِلك لم يكن يوجِب ثبوتَ النسب لولا الدّعوة، ولا يجوز إثبات نسب الميت منه بدِعوته، وفراش النكاح قد كان يوجب ثَباتَ النسب لولا اللعان، فإذا بطل حكم اللعان، وهناك ولد حي يجوز أن يتعلق عليه ثبوت النسب، ثَبَّتْنَاه بالفراش المتقدّم.

مسألة: [حكم ادّعاء الملاعِن الولدَ المنفِيَّ وهو بنت، قد ماتت وتركت ولداً]

(ولو كان الولد المنفيُّ بنتاً، فماتت، وتَرَكَتْ ولداً، ثم ادَّعى الملاعِنُ الولدَ المنفي، فإن أبا جعفر رحمه الله ذكر أنَّ مِن قول أبي حنيفة أن الدِّعوة جائزة، ومردُّ النسب إليه.

قال: وقال أبويوسف ومحمد: الدِّعوة باطلة، ولا يُرَدُّ النسبُ إليه) (١)

قال أحمد: وليس كذلك الجواب، بل هو على القلب من هذا، لأن

---

(١) في المختصر المطبوع ص/٢٤٩ ذكر الطحاوي لأبي حنيفة قولين أحدهما أن الدعوة جائزة، وقول آخر كقول الصاحبين أنها باطلة ومارجحه الجصاص أن قول أبي حنيفة هو عدم الجواز، وقولهما الجواز هو ما ذكره الاسبيجابي في شرحه ٢/لوحة/٤٦.

مِن قول أبي حنيفة أنه لا يُصدَّق،ولا يثبت النسب منه،ومِن قولهما أنه يصدَّق.

ذكره محمد في كتاب الدَّعوى.

وجه قول أبي حنيفة، أن ابنَ ابنته يتصل نسبُه به مِن غير الجهة التي يرجع إليه نسب ابنه،إنما يلحقه بالفراش،وكذلك نسب ابن الابن،ونَسَبُ ابنِ البنت ليس يلحقه من جهة الفراش،بل بالوالدة،فلما كان الوجه الذي منه يُلحق نسب ابن البنت،غيرَ الوجه الذي منه يلحق نسب الابن،لم يقم مقامه في جوان الدَّعوة واستلحاق النسب،ولما كان ابن الابن يرجع إليه بالنسب من حيث يرجع إليه نسب ابنه،كان مثله،يُصَدَّق على الدَّعوة.[1]

ووجه آخر،وهو أن ابنَ البنت لو ثبت نسبه منه،لم يَصِرْ من قومه،لأن الولد يُنْسَب إلى قوم الأب دون الأم،ألا ترى أن الهاشميَّ إذا تزوج أعجميةً،أو استولدَ جاريةً رومية،أن الولد يكون هاشمياً،ولا يكون أعجمياً.

ولو كانت الأم هاشمية،والأب أعجمياً،كان الولد أعجمياً،ولم يكن هاشمياً.

فلما كان الولد يتبع الأب في النسب دون الأم،لم يُصدَّق على إلحاق النسب مع موت الأب من جهة البنت،إذ لا يتصل النسب إليه فيه.

* * * *
* * *

---

(١) أي وكذلك نسب ابن الابن يلحقه بالفراش.

باب مواريث المَجُوس (١)

قال: [ميراث المجوس فيما بينهم]

(ولا يَتَوارث المجوسُ بالنكاح إلا ما كان منه صحيحاً)، لأن ما لم يُقَرّ عليه بعد الإسلام، فهو فاسد، ولكنهم مخلَّون ومايعتقدون كما خلَّيْنَا بينهم وبين عبادةِ غير الله.

ويرثُ بوجود النسب الذي بينه وبين الميت، فلو ترك المجوسيُّ امرأةً، وهي أمُّه التي وَلَدَتْه، وهي أيضاً أختُه لأبيه، كأن أبوه تزوج ابنتَه، فأَوْلَدَها إياه، وَرِثَتْه ثلثَ المال بالأمومة، ونصفَ المال، لأنها أخته لأبيه، وما بقي من المال يُرَدُّ عليها.

وإنما وَرِثَتْ بالقرابتَيْن، لأن إحداهما لا تُنافِي ميراثَ الأخرى ألا ترى أن القرابتَيْن لو كانتا لشخصين، وَرِثَا بهما، كذلك إذا كانتا لشخص واحد، ألا ترى أنه لو تَرَكَ ابنَيْ عم، أحدُهما أخ لأم فالأخ (٢) للأم يأخذ سهم الأخ من الأم، ثم يأخذ مع ابن العم الآخر بالتعصيب، فيكون بينهما نصفين.

قال: [تَرَكَ مجوسيٌّ امرأةً هي ابنتُه، وهي أختُه لأمه]

(وإن تَرَكَ أمرأةً هي ابنتُه، وهي أختُه لأمه، كأنه تزوج أمَّه فأولدها إياها (٣)، كان لها النصف، لأنها ابنتُه، ولا شيء لها، لأنها أختُه لأمه، لأن الأختَ للأم لا ترث مع البنت).

* * * *
* * *

---

(١) روى الطبري في تفسيره جامع البيان ١٢٩/١٧ عن قتادة أن المجوس يعبدون الشمس والقمر والنيران.
وفي كتاب المِلل والنِّحَل للشهرستاني (٢٣٠/١) ما يدل على أنهم طوائف، وأنهم كانوا قبل اليهود والنصارى.

(٢) في الأصل (لأن الأخ). (٣) في الأصل (إياه).

باب الميراث بالأرْحَام

(وإذا ترك الرجل ابنتَه، أو أمَّه، أو أختَه لأمه، أو أخاه لأمه، ولم يترك وارثاً سواه مِن عصبةٍ، ولا غيرها، كان له من الميراث ما فَرَضَه الله له منه، وكان ما بقي منه رَدّاً[(١)] عليه برَحِمِه)

قال أحمد:/هذه المسألة مَبْنِيَّة على مسألة توريث ذوي الأرحام، وكلُّ مَن ورَّث الأرحام، فإنه يرى الردّ، وكلُّ مَن لا يرى توريث ذوي الأرحام، فإنه لا يرى الرد. /١٣٥

[أدلة توريث ذوي الأرحام]

والدليل على توريث ذوي الأرحام قولُ الله تعالى{للرِّجال نصيبٌ ممَّا ترك الوالدانِ والأقربون، وللنِّساء نصيبٌ مما ترك الوالدان والأقربون ممَّا قلَّ منه أو كَثُر نصيباً مفروضاً}[(٢)]

فاقتضى ظاهرُ الآية توريثَ جميعِ القرابات بقوله{ممَّا ترك الوالدان والأقربون}فَوَجَبَ توريثُهم بالآية، ثم يكون تفصيل الأنصباء موقوفاً على قيام الدلالة عليه.

فإن قيل: إنما عنى به مَن سمَّاهم فيْ آيات المواريث، لأنه قال {نصيباً مفروضا}وذوو الأرحام ليس لهم نصيب مفروض.

قيل له: ليس في آيات المواريث ما يوجب تخصيصَ هذه الآية، لأنَّا نجعلُ المذكورين في آيات المواريث بعضَ ما انتظمت الآية.

وليس في قوله{نصيباً مفروضاً} ما يوجب أن يكونوا هم المذكورين في آية المواريث، لأن ذِكر النصيب المعروف بعد قوله {للرِّجال نصيب}إنما هو تأكيد لوجوب النصيب المذكور، بأن جعله فرضاً لازماً، ومواريث ذوي الأرحام بهذه المنزلة.

ودليل آخر، وهو قولُه تعالى{وأُولُوا الأرحامِ بعضُهم أولى ببعضٍ في كتابِ الله مِن المؤمنين والمهاجرين}[(٣)]

---

(١) تقدم تعريف الرد ص/٤٨٣، حاشية (١).
(٢) من سورة النساء، آية رقم/٧.
(٣) من سورة الأنفال، آية رقم/٧٥.

وعمــوم ذلك يـقـتضي أن يكونوا أولـى بـالـميراث في كل حال، إلا موضعاً يخصُّه الدليل.(١)

فإن قــيـل:لـما كان { أولـى ببعضٍ في كتابِ الله }،وَجَبَ اعتبار مَن نصَّ عليه في الكتاب في الأرحام،وهو مابُيِّن في آيات المواريث.

قــيل له :ليس في قوله{في كتاب الله }ما يوجب الاقتصار بهم على مــا ذُكِرَ في غيرها من الآيات،لأن هذه الآية في كتاب الله أيضاً، فإن وَجَبَ اعتـبار الآيات التي فيها ذِكر المواريث لأنها في كتاب الله،وَجَبَ أن يستحقُّوا الميراث بأرحامهم.

وأيـضا فمـعـنــى قــولـه {في كتاب الله }في فرض الله،كما قال {كــتابُ اللهِ عليكم }يعني فرضه،وقال{كُتِبَ عليكمُ الصِّيَامُ كما كُتِبَ على الذيــن مِــن قَـبْـلِـكُـم }(٢)(٣)ونحوها من الآي فكذلك قوله تعالى{في كتاب الله }معناه في فرض الله،والله أعلم.

فإذا كان كذلك،لم يجز تخصيص الآية بما ذكرت.

ويُـحتَــج فيه بعموم قوله{يُوصِيكُمُ اللهُ في أولادِكم للذَّكرِ مثلُ حظِّ الأنثَيَيْن}(٤)

واسم الأولاد يــتـناول أولاد البنت،فوَجَبَ لهم الميراث بالعموم حتى تقوم الدلالة على أن غيرهم أولـى منهم.

ومِــن جهة السـنــة حديث عُمَر،والمِقدام بن مَعْدِي كَرِب عن النبي صلـى الله عليه وسلم أنه قال:"الخالُ وارثُ مَنْ لا وارث له"(٥)

فإن قــيــل:لمــا قال "وارث مَن لا وارث له" فقد نفى أن يكون وارثــاً.

قــيـل له :هذا كـلامُ جاهلٍ بمعنى الخطاب،لأن المعقول منه أنه وارثُ مَــنْ لا وارث له غيــرُه،كــمـا روي عن النبي صلى الله عليه

---

(١) في الأصل (موضع).
(٢) من سورة النساء،آية رقم/٢٤.
(٣) من سورة البقرة،آية رقم/١٨٣.
(٤) من سورة النساء،آية رقم/١١.
(٥) سنن الترمذي،الفرائض،باب ما جاء في ميراث الخال ٤٢١/٤ وقال حديث حسن صحيح،سنن أبي داود،الفرائض،باب ميراث ذوي الأرحام٣٢٠/٣وسكت عنه،سنن ابن ماجه،الفرائض،باب ذوي الأرحام ٩١٤/٢،صحيح ابن حبان(موارد الظمآن)ص/٣٠١،وحسنه الحافظ ابن حجر في الفتح ٣٠/١٢،ونقل ابن التركماني في الجوهر النقي ٢١٤/٦ عن ابن القطان أنه حديث صحيح.

وسلم أنه كان يقول في دعائه:

"ياعِمَاد مَنْ لا عِمَاد له"(١) ومعناه مَن لا عماد له غيرُه، وهو أظهر مِن أن يُحتَاج فيه إلى الاستشهاد.

وعلى أنه كيف يُشْكِل منه مع قوله "هو وارث" فتراه أثبتَه وارثاً، ثم أخرجه من الميراث بقوله لا وارث له.

حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا إبراهيم بن هاشم بن الحسين قال حدثنا محمد بن عبد الوهاب الحارثي قال حدثنا شَرِيك عن ليث [عن محمد بن المُنْكَدِر](٢) عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الخالُ وارث"(٣)

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا الحسن بن المثنّى قال حدثنا أبو عمر الضَّرير قال حدثنا حماد بن سلمة عن محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حَبَّان عن عمه واسع بن حَبَّان أن ثابت بن الدَّحْدَاح مات، فقال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم لعاصم بن عَدي: هل تعلم له شيئاً في العرب؟ قال يارسول الله: كان رجلاً أتِيّاً(٤)، فتزوج عبدُ المنذر أختَه، فولدت له أبا لبابة. فجعلَ رسولُ الله صلى/ الله عليه ميراثَه لأبي لبابة. /١٣٦

قال أبو عمر(٥): وهو ابن أخته.(٦)

---

(١) ضعّفه السخاوي في القول البديع ص/٤٧، وعزاه مرفوعاً لمسند الديلمي.

(٢) ساقطة من الأصل، وأثبتها من سنن الدار قطني ٨٦/٤، وسنن البيهقي ٢١٥/٦.

(٣) سنن الدار قطني ٨٦/٤، البيهقي ٢١٥/٦ قال البيهقي "هو مختلف فيه على شريك، وليث بن أبي سليم غير محتج به" ا.هـ وتعقبه ابن التركماني بقوله "ليث قد أخرج له مسلم في صحيحه واستشهد به البخاري... وأقل أحواله أن يكون حديثه هذا شاهدا لحديث المقدام أو غيره".

(٤) في الأصل (آيثا)، والتصويب من كتب السنن، ومعناه: الذي لايعرف له أصل، كما في سنن الدرامي ٢٧٥/٢، وفي النهاية ٢١/١ فسره بأنه الغريب.

(٥) في الأصل (أبو عمرو).

(٦) سنن الدرامي ٢٧٥/٢، سنن البيهقي ٢١٥/٦ قال: وهو منقطع، وقال في ٢١٦/٦ "وقد أجاب عنه الشافعي في القديم فقال: ثابت بن الدحداحة [-ويقال ابن الدحداح-] قتل يوم أحد قبل أن تنزل الفرائض ا.هـ،
وتعقبه ابن التركماني ٢١٦/٦ فقال: "ذكر صاحب الاستيعاب عن الواقدي قال: وبعض أصحابنا الرواة للعلم يقولون ان ابن الدحداح برىء من جراحاته، ومات على فراشه من جرح أصابه، ثم انتقض به مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الحديبية، ثم نقل ابن التركماني تصحيح ابن الجوزي لقول من قال انه مات =

ويدل على صحة القول بالرّد، وتوريث ذوي الأرحام ما حدثنا محمد بن بكر البَصري قال حدثنا أبو داود قال حدثنا إبراهيم بن موسى الرّازي قال حدثنا محمد بن حرب عن عمر(١) بن رؤبة الثّعْلَبي عن عبد الواحد بن عبد الله النّصْري عن وَاثِلة بن الأسْقَع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"المرأة تحوز ثلاثةَ مواريث عتيقَها، ولقيطَها، وولدَها الذي لاعنت به(٢)"(٣)

فأخبر أنها تحوز جميعَ ميراث ابنها، فثبت بذلك وجوب الرّدّ، ودلّ على توريث ذوي الأرحام، لأن كلَّ مَن أوجب الردّ، ورّث ذوي الأرحام.

ويدل عليه أيضا ما حدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا موسى بن عامر قال حدثنا الوليد(٤) قال حدثنا أبو محمد(٥) عيسى عن العلاء بن الحارث عن عمرو بن شُعَيب(٦) عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه جَعَلَ ميراث ابن الملاعَنة لأمه، ولورثتها مِن بعدها"(٧)

وهذا الحديث يدل من وجهين على ماقلنا، أحدهما: أنه جَعَلَ لها جميع الميراث، ولا يُستَحَقّ الجميعُ عندنا عنه إلا بالردّ، وإن أُثبِتَ الردُّ، ثَبَتَ توريث ذوي الأرحام.

= زمن الحديبية لازمن أُحُد، وهذا أيضا ما ذكره ابن حجر في الاصابة ١٩١/١، قال الشوكاني رحمه الله في نيل الأوطار ١٨١/٦ ومما يؤيد ثبوت ميراث ذوي الأرحام قوله صلى الله عليه وسلم "ابن أخت القوم منهم" كماهو عند البخاري في صحيحه، الفرائض، باب مولى القوم من أنفسهم ٤٨/١٢، صحيح مسلم، الزكاة، باب اعطاء المؤلفة قلوبهم ٧٣٥/٢.

(١) في الأصل (عمرو)، والتصويب من كتب السنن، وتقريب التهذيب ص/٤١٢ (٤٨٩٥).

(٢) في الأصل (لا عيب به)، والتصويب من كتب السنن.

(٣) تقدم ص/٤٧٧، حاشية (٤).

(٤) في الأصل (أبو الوليد)، والتصويب من سنن أبي داود ٣٢٥/٣.

(٥) في الأصل (أبو أحمد)، والتصويب من سنن أبي داود ٣٢٦/٣، ومختصر سنن أبي داود للمنذري ١٨٠/٤.

(٦) في الأصل (عن عمرو بن الحارث عن عمرو بن شعيب)، والتصويب من سنن أبي داود ٣٢٦/٣.

(٧) سنن أبي داود، الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة ٣٢٥/٣-٣٢٦ وذكره ابن حجر في الفتح ٣١/١٢ على أنه من شواهد الحديث السابق "المرأة تحوز..." وأنه يقوى الحديث بتعددطرقه وشواهده وكذلك قال ابن القيم في تهذيب مختصر سنن أبي داود ١٧٧/٤.

ومن الوجه الآخر أنه جَعَلَ ميراثَه لورثتها مِن بعدها،وفي ورثتها الخالُ والخالة،فدلَّ على توريثهما إذا لم يكن غيرهما.

فإن احتَجَّ علينا بما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا محمد بن موسى بن حماد البَرْبَري قال حدثنا الربيع بن تَغْلِب قال حدثنا مَسْعَدَة بن اليَسَع عن محمد بن عَمرو عن أبي سلمة "عن أبي هريرة قال سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن ميراث العمة والخالة فقال:سارَّني جبريلُ،وقال:لا شيء لهما"(١)

وحدثنا عبد الباقي قال حدثنا الحسن بن المثنى قال حدثنا أبو عمر الضرير قال أخبرنا عبد الله بن جعفر،قال عبد الباقي:وهو المخزومي،عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن "ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأتي قُبَاء على حمارٍ أو على حِمَارة،فلقِيَه رجلٌ فقال يا رسول الله:ما تقول في الخالة والعمة؟قال:يا ربِّ خالةٌ وعمَّةٌ،ثم قال:لا شيء لهما،كذا عن ابن عمر"(٢)

قيل له:هذا الحديث يُروى عن عطاء مرسلاً عن النبي صلى الله عليه وسلم،وحديث مَسْعَدة ضعيف،ولو ثَبَتَ موصولاً كان خَبَرُنا أولى مِن جهتين:

إحداهما:أن خبرنا مثبِت،وخبرُهم نافٍ،والنفي والإثبات متى اجتمعا في الاخبار كان الإثبات أولى بهما.

والجهة الأخرى:أن خبر النفي وارد على الأصل،وقد كان الأصل نفي المواريث،لأنهم كانوا يتوارثون بالهجرة والحِلف،دون(٣)

---

(١) سنن الدارقطني ٩٩/٤ قال:لم يسنده غير مسعدة عن محمد بن عمرو،وهو ضعيف،والصواب مرسل.المستدرك للحاكم ٣٤٣/٤ من عدة طرق وكلها فيها ضعف،كما بينه الذهبي في تلخيصه،وابن حجر في التلخيص الحبير ٨١/٣ وبين أنه ما يخلو طريق من طرقه الا وفيه علة من ضعف أو ارسال أو راو متروك،ولهذا قال الشوكاني في نيل الأوطار ١٨١/٦ "وكل هذه الطرق لا تقوم بها حجة" ا.هـ وقد ذكر الجصاص عقب هذا الحديث أنه ضعيف.
(٢) المستدرك ٣٤٢/٤-٣٤٣،وهو أحد طرق الحديث السابق.
(٣) وهو ما يسمى بميراث الولاء،وسيأتي بيانه في باب الميراث بالموالاة ص/٥١١.

الأنساب،إلى أن أنزلَ الله تعالى{وأُولوا الأَرْحَامِ بعضُهم أولى ببعضٍ في كتاب الله مِن المؤمنين والمهاجرين}(١)وإثبات الميراث بالقَرابة طارىء على نفيه،فكان أولى،لأنَّا قد علمنا نفيه بَدْءاً وأن الاثبات حادث بعد النفي،ولا نعلم بعد ذلك حدوثَ إسقاطه بعد ثبوته،فصار الإثبات يقيناً من هذا الوجه،وسقوطُه بعدَ ذلك مشكوك فيه.

وأيضا يحتمل أن يريد بقوله "لا شيءَ لهما"يعني مع ذوي السهام المذكور سهامهم في الكتاب مع القرابات.

ويحتمل "لا شيء لهما" أي لا فرض لهما مسمًّى فيه.

فإن قال قائل:الدليل على أن ذوي الأرحام لا يستحقّون الميراث،أنه معلوم أن كلَّ انسان فبَيْنَه وبين آدم بنو(٢) أعمامه وعصباته،مَن يحجُب ذوي الأرحام من الميراث،وإن لم يكن معلوماً بعَيْنه عندنا،إلا أنّا قد علمنا يقيناً أن ذوي الأرحام غير مستحقّين معهم،فلو أعطيناهم كنّا قد أعطيناهم مَن تيقنّا أنه غير مستحقه.

قيل له:ومِن أينَ قلتَ إن لكلٍّ نسبٌ إلى آدم،عصبةٌ من جهة الأب،وقد يجوز أن يكون في آبائه ملاعَنة،أو ولد زنا،فلا يكون له نسب من جهة الأب.فهذه قضية فاسدة من هذا الوجه.

وعلى أنه لو كان هذا الاعتبار صحيحاً،لوجب أن لا يستحقه بيتُ المال،لأن بيت المال لا حظَّ له في / الميراث مع العصبات. /١٣٧

ثم كان ينبغي أيضاً أن لا يستحقَّ مولى النِّعمة الميراث،لأنه لا ميراث له مع العصبة من جهة النسب.

فإن قال قائل:فقد سلَّمْنَا لك أنا لانتَيَقَّن أن له عصبة،لجواز أن يكون في آبائه ولد ملاعَنة،أو ولد زنا لا نَسَبَ له من قِبَل الأب،وإذا كان كذلك،وقد تيقَّنَّا مع ذلك أنه لا بدّ مِن أن يكون له قرابة،وإن لم يكن له عصبة،فلو استحقَّ ذوو الأرحام ميراثه

---

(١) من سورة الأنفال،آية رقم/٧٥.
(٢) في الأصل (بني).

كما استحقه بيتُ المال،لحصول اليقين بأن هناك مستَحِقّاً بعينه ، ولا يلزمنا على ذلك ما لزمكم ،لأنا لا نتيقن العصبة ،فجاز أن نجعله لبيت المال،ولمولى النِّعمة .

قيل له :فينبغي أن لو كان الرجل عرّفنا بنسب آبائه إلى تَميم أنْ لا يستحقّ ميراثَه بيتُ المال،وإن لم نعرف له وارثاً بعَيْنه ،لأنّا قد علمنا أن له عَصَبة من بني تميم ،وإن لم نعرفه بعينه ،فلما جاز ان يستحق ميراثَه بيتُ المال،مع علمنا بكون العصبة ،كذلك يستحقه[ذوو الأرحام](١) إذا لم نعرفْ ذوي الأرحام بأعيانهم .

ويدل عليه مِن جهة النظر:وهو أن مَن جعله لبيت المال فإنما جَعَلَه لجماعة من المسلمين لأجل إسلامهم ،وذوو الأرحام معهم إسلام ونَسَب،فكانوا أولى،لأن ذا السبَبَيْن أولى من ذِي السبب الواحد ،مثل الأخ من الأب والأم ،مع الأخ من الأب.

وأيضا لما كان الجَدُّ وارثاً لأجل مالَه من الوِلاد ،وكذلك ابنة الابن،وَجَبَ أن يكون الجَدُّ أبو الأم مِن أهل الميراث،وكذلك ابنة الابنة ،لأجل مالَهما من الوِلاد ،فإذا ثبت ميراث الجد أبي الأم وابنة البنت،ثَبَتَ ميراث سائر ذوي الأرحام على حسب القُرب من الميت،لأن أحداً لم يفرق بينهما .

قال أحمد :وكان أبو حازم(٢) يرى توريث ذوي الأرحام إجماعاً(٣).

حدثني بعضُ شيوخنا مِن أصحاب أبي حازم أن أبا حازم أمر(٤)

---

(١) في الأصل (بيت المال) .

(٢) عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي،يقال له أبو حازم بالحاء ،وأبو خازم بالخاء ،كان من أفاضل القضاة ،ثقة ورعا ، عالما بفنون الحساب والفرائض،ولي قضاء الكوفة وغيرها ، توفي رحمه الله في بغداد سنة ٢٩٢/هـ،له ترجمة في الفوائد البهية ص/٨٦.

(٣) سيأتي في القصة التالية أنه اجماع الخلفاء الراشدين الأربعة رضي الله تعالى عنهم .

(٤) في الأصل (من أصحاب أبي حازم أن المعتضد بالله أمر برد ...)والسياق يقتضي هذا التصويب والله أعلم ،ثم رأيت السرخسي ذكر في المبسوط ٣٠/٢"أن المعتضد سأل أبا حازم ...".

المعتَضد بالله بردّ أموالٍ صارَتْ في بيت المال،من أموال الأموات -ولهم ذوو الأرحام- إلى الأرحام،ففعل المعتضد ذلك، وأنشأ به كتباً إلى الآفاق،وهي مشهورة في أيدي الناس.(١)(٢)

قال:فأنكرَ عليه بعضُ أصحابنا فُتْيَاه هذه،وقال هذه مسألة فيها خلاف بين السّلَف،وقد حصلتْ هذه الأموال في بيت المال بحكم حاكم،فلا يجوز فسخ هذه الأحكام إذا كانت مما قد اختُلفَ فيه السلف،وسَاغَ الاجتهاد فيه.قال:فقال أبو حازم:لم يكن في بيت مالِ الخلفاء الراشدين،وهم الخلفاء الأربعة شيء من أموال الأموات،الذين لهم ذوو أرحام،فصار ذلك إجماعاً منهم،ولا أعدّ [قول] زيد بن ثابت خلافاً عليهم،فصار فسخي لحكم الحاكم إبطالٌ مذهبه فيما [لا] يسوغ فيه الاجتهاد،فنَفَذَ وجَاز.(٣)(٤)(٥)

---

(١) أحمد بن طلحة بن جعفر،أبو العباس،المعتضد بالله،خليفة عباسي،ولد ونشأ ومات في بغداد،بويع بالخلافة بعد وفاة عمه المعتمد سنة /٢٧٩ هـ،كان عالما شجاعا مهيبا حازما،من أكمل الخلفاء المتأخرين،وكانت الخلافة قد وهي أمرها وضعف،فأعزها الله بالمعتضد،وكانت أيامه طيبة،كثيرة الأمن،وقد نشر العدل، ورفع المظالم عن الرعية،وكان يحج ويغزو،ويجالس العلماء والمحدثين،وغني بيت مال المسلمين في خلافته غناء شديدا،بقي في الخلافة حوالي عشر سنين،توفي رحمه الله سنة/٢٨٩هـ وله سبع وأربعون سنة،له ترجمة في فوات الوفيات ٧٢/١ شذرات الذهب ١٩٩/٢،الأعلام ١٤٠/١.

(٢) ذكر هذا أيضا عن المعتضد بالله الطبري في تاريخه ٤٤/١٠، وابن الأثير في الكامل ٤٨٢/٧.

(٣) يريد -والله أعلم- أن الخلفاء الراشدين الأربعة رضي الله عنهم كانوا يرون توريث ذوي الأرحام،كما روى ذلك عنهم ابن أبي شيبة في المصنف ٢٧٣/١١،سنن البيهقي ٢١٦/٦-٢١٧، عمدة القارىء ٢٥٩/٢٣ ولكن منهم من روي عنه أكثر من قول.

(٤) في الأصل (ولا أعده زيد...)

(٥) ساقطة من الأصل.

فصل: [حكم ما إذا ترك أمّاً وأخاً لأم]

قال أبو جعفر: (فإن ترك أمَّه، وأخاه لأمه، كان لأمه الثلث بالفرض، ولأخيه لأمه السدس بالفرض، وما بقي فَرَدٌّ عليهما على مقدار مواريثهما)

قال أحمد: يصير المال بينهما على ثلاثة، ثُلثاه للأم، وثلثه للأخ للأم.

وإنما يُرَدُّ على الأخ للأم مع الأم، كما رُدَّ الجميع على الأخت من الأب والأم مع الأم، والمعنى الجامع بينهما أن كلَّ واحد منهما يستحق الميراث بسببٍ قائم بينه وبين الميت، ألا ترى أنه لو لم يكن إلا أخ لأم، يستحق الردَّ عليه بعد السدس، كذلك كون الأم معه لا يمنع الرد عليه.

وليس هذا بمنزلة (الزوج والزوجة في أنهما لايُرَدّ عليهما) مِن قِبَل أنهما يستحقان الميراث بسببٍ منقطع بعد الموت، ألا ترى أنهما لا يستحقان الردّ لو لم يكن غيرهما.

قال أبو جعفر: [موانع الردّ]

(ولا يُرَدّ على غير ذي سهم مع ذي سهم)

قال أحمد: لا يخلو غير ذي سهم مع [ذي سهم](١) مِن أن يكون عَصَبَة، أو من ذوي الأرحام، فإن كان عَصَبَة، فإنما يستحق فَضْل السهام بالتعصيب، أو مِن ذوي الأرحام، فهو لا يرث مع مَن يستحق السهام من ذوي الأسباب/، فلا معنى للرد عليه، وهو ممَّن لا يرث في هذه الحال. ١٣٨/

مسألة: [حكم ما إذا ترك ابنَ ابنته، وبنتَ ابنةٍ أخرى]

قال أبو جعفر: (وإن تَرَكَ المتوفَّى ابنَ ابنته، وبنت ابنةٍ له أخرى، فإن أبا يوسف قال: الميراث بينهما للذَّكر مثل حظ الأُنثَيَيْن، كان يورِّثهما في ذلك على أبدانهما، وكان محمد بن الحسن يقول: الميراث بينهما نصفين)

قال أحمد: لا فرق بين أن يكونا ولدَ بنتٍ واحدة أو ابنتين

---

(١) ساقطة من الأصل.

عند أصحابنا،كما لا يختلف حكم العَصَبَات في أن يكونا مِن أبٍ واحد، أو مِن آباء،بعد أن يتساوَوْا في الدَّرجة.

قال أحمد:ووهذه المسألة لا خلاف فيها بين أبي يوسف وأبي حنيفة ومحمد،والمال بينهم للذَّكر مثل حظ الأنثيين في قول الجميع منهم،وقد ذكَرَها محمد في كتاب الفرائض بلا خلاف،وكذلك (١) رواها محمد بن سَمَاعة عن محمد أنه قولهم جميعاً،وكذلك الجواب عندهم في ابنِ أختٍ لأب وأم،وبنتِ أختٍ لأب وأم، أن المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين،لابْنِ الأخت الثلثان،ولبنت الأخت الثلث في قولهم جميعاً،ذكره محمد في كتاب الفرائض.

(٢)
والأصل في ذلك أنهم [إذا] اتفقوا في الآباء والأجداد،واختلفوا في أبدانهم فلا خلاف بينهم فيه، أنه مقسوم بينهم،للذَّكر مثل حظ الأنثيين إلا في أولاد الإخوة والأخوات من الأم،فإن المال بينهم بالسويَّة،على أي وجهٍ كانوا،مِن ذكورٍ وإناث.

فهذه الجملة لاخلاف بينهم فيها،وإنما مسألة الخلاف بين أبي يوسف ومحمد إذا اختلفوا في الآباءوالأجداد،واتَّفقوافي أبدانهم.

(٣)
فيَعْتَبِر حينئذٍ محمد أقربَ البطون اختلافاً إلى الميت،إلا أنه يجعل كلَّ مَن تَقَعُ عليه القسمة من البطون على عدد مَن يستحق الميراث مِن آخرهم بطناً،فإن اختلفوا في أجدادهم وآبائهم (٤)

---

(١) ومثله في المبسوط للسرخسي ٨/٣٠.
(٢) ساقطة من الأصل.
(٣) في الأصل (واختلفوا فيعتبر).
(٤) "وصورة ذلك فيما إذا ترك: ابنة ابنة ابنة ابنة
وابني ابن ابنة
وابنة ابن ابن ابنة
وابنة ابنة ابن بنت

فعند أبي يوسف القسمة على الأبدان،فيكون المال بينهم أرباعا بالسوية،وعند محمد يعتبر أولاد الأجداد،فإن أول مَن وقع به الخلاف الأجداد،وإثنان من أجدادهماذكر،يعني: ابنة ابن ابن ابنة وابنة ابنة ابن بنت،والأخريان أجدادهما أنثى،فتكون القسمة للذكر مثل حظ الأنثيين على ستة، أربعة للبنتين أجدادهما ذكر وسهمان للآخرين ثم ما أصاب اللتين أجدادهما ذكر يقسم بينهما على الآباء أثلاثا،فنصيب ابنة ابن ابن الابنة ثلثي الثلاثين، والأخرى ثلث الثلاثين،وذلك الثلث يقسم بين الاخرين على الآباء للذكر مثل حظ الأنثيين،فنصيب ابنة ابنة ابنة الابنة ثلث الثلث والاخرى ثلثا الثلث،ثم مايصيب كل أب فهو منقول الى ولده،فان بين الأبدان موافقة،ولاحاجة الى قسمة أخرى"اهـ،كمافي المبسوط للسرخسي ٩/٣٠ وفيه تفصيل وذكر لصور عديدة من هذا الباب، وينظر شرح السراجية للشريف الجرجاني ص/٩٨.

وأبدانهم،فالمال على أجدادهم،وإن اتَّفَقُوا في الأجداد والأبدان واختلفوا في آبائهم،فالمال على آبائهم.

وكذلك إن كان بطن واقع،فإنه(1) تقسم الأموال على البطون المختلفة.

وهذا أيضا قول أبي حنيفة المشهور،وقول أبي يوسف الأول،ثم رَجَعَ أبو يوسف فقال:المال على أبدانهم،اتَّفَقُوا في آبائهم أو اختلفوا.

وكذلك قولهم في ولد الإخوة إذا اختلفوا،وكذلك ولد الخالات والعَمَّات،وهو على ما ذكرنا من قولهم فيه.

وجه قول أبي يوسف في اعتبار أبدانهم دون آبائهم،اتّفاق الجميع على أن اعتبار ولد البنين بأبدانهم،أولى منهم بآبائهم،ألا ترى أنه لو ترك ابنَ ابن،وبنتَ ابن،كان المال بينهما،للذكر مثل حظ الأنثيين،وكذلك ولد البنات.

مسألة: [تَرَكَ ولدَ أختٍ لأب وأم،وولدَ أختٍ لأب،وولدَ أختٍ لأم]

قال أبو جعفر:(وإن تَرَكَ ولدَ أختٍ لأب وأم،وولدَ أختٍ لأب،وولدَ أختٍ لأم،فإن أبا حنيفة ومحمد قالا:لولد الأخت للأب والأم النصف، ولولد الأخت من الأب السدس،ولولد الأخت من الأم السدس،ومابقي فهو رَدٌّ عليهماعلى قَدْرِمَوَاريثهم،فيكون المال بينهم على خمسة.

وقال أبو يوسف:الميراث لبنتِ الأخت من الأب والأم،وتسقط مَن سواها،وهو قوله الآخر،وهذا على مابيَّنّا من قول محمد في اعتبار من يُدلي به،فجَعَلَ لكل واحد منهم ما كان لأمه لو كانت حيَّة.

ووجه قول أبي يوسف،أن الأمهات كُنَّ(2) يأخُذْنَ بالتسمية،وهم لا يأخذون بالقرب،فكان الأقرب أولى،وهو ابنُ الأخت من الأب والأم كما لو كانوا بني إخوة،كان ابنُ الأخ للأب والأم أولى بالتعصيب وقد قالو جميعاً في ثلاث خالات متفرِّقات(3)،أن المالَ للخالة من الأب والأم.

---

(1) هكذا في الأصل؟
(2) في الأصل (وهو).
(3) في الأصل (أخوات)،والتصويب من مختصر الطحاوي ص/١٥٢،وهو ما يقتضيه السياق أيضا.

[تَرَكَ ثلاثَ بناتِ إخوةٍ متفرِّقين]

مسألة:

قال: (وإن ترك ثلاثَ بنات إخوة متفرِّقين، فلبنت الأخ من الأم السدس، وما بَقِيَ فلبنت الأخ من الأب والأم، في قول أبي حنيفة ومحمد).

/١٣٩ وذلك لأنهم يستحقون ما كان/يستحقه آباؤهم، والأخ من الأب لايرث مع الأخ من الأب والأم.

ويرث الأخ من الأم معه السدس، وكذلك كان ما استَحَقَّه الأولاد على ذلك.

وفي قول أبي يوسف الميراثُ لبنت الأخ من الأب والأم على مابيَّنَّا في أولاد الأخوات.

[تَرَكَ عمَّةً وخَالة]

مسألة:

قال: (وإن تَرَكَ عمَّةً وخالةً، كان للعمة الثلثان، وللخالة الثلث).

قال أحمد: كان القياس عندهم أن يكون المال للعمَّة، لأنهما قد تَسَاوَتا في الدرجة، فالعمَّة من ولد العصبة، ألاترى أنه لو ترك بنتَ عمٍ، وبنت عَمَّةٍ، أن المال لبنت العم، لأنها من ولد العصبة، إلا أنهم تركوا القياس، لما رُوي عن عليٍ رضي الله عنه وعُمَر، وعبد الله بن مسعود أن الثلثَيْن للعمَّة، والثلث للخالة.(١)

ولأن قرابتهما من الميت من جهتَيْن، ألا ترى أنه لو تَرَكَ أبوَيْن، كان المال بينهما أثلاثا، كذلك العمة تُدلي بالأب، فتستحق نصيبَه، والخالة تُدلي بالأم، فتستحق نصيبَها، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال "الخالة والدة".(٢)

[تَرَكَ خالةً وابنَ عمَّة]

مسألة:

قال أبوجعفر: (وإن ترك خالةً، وابنَ عمته، كان المال للخالة)

---

(١) سنن الدرامي ٢/٢٦٥، ٢٧٤، سنن البيهقي ٦/٢١٧.
(٢) صحيح البخاري، الصلح، باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان... ٥/٣٠٤ بلفظ "الخالة بمنزلة الأم"، ضمن حديث صلح الحديبية، قال الحافظ ابن حجر في الفتح ٧/٥٠٦ "وفي حديث علي، ومرسل الباقر: الخالة والدة" اهـ.

وذلك لأنها[1] أقرب من ابن العمة بدرجة، ومواريث ذوي الأرحام مستحَقّة بالقُرب، كما تُستَحَقّ بالتعصيب، فلا يرث الأبعد مع الأقرب.

وكذلك (العمَّة هي أولى من ابنِ الخال) لقُربها.

قال: [حكم ما إذا تَرَكَ ثلاثَ عمَّاتٍ متفرِّقات]

(وإن تَرَكَ ثلاثَ عمَّاتٍ متفرِّقات، فالمال للعمَّة التي مِن قِبَل الأب والأم).

وذلك لأن لها فَضْلَ مزية الأم، كما أن العَمَّ من الأب والأم أولى بالتعصيب من العم للأب.

وقد روي عن علي رضي الله عنه نحو ذلك[2] في ثلاثِ خالاتٍ متفرِّقات.

قال: [تَرَكَ خالاً وخَالة]

(وإن تَرَكَ خالاً وخالة متساويَيْن في القرابة منه، كان المال بينهما للذَّكَرِ مثل حظ الأنثيين)

قال أحمد: وهذا لاخلاف بينهم فيه، وهو صحيح على الأصل الذي قدَّمْنا من اتِّفاق أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنهم متى اتفقوا في الآباء والأجداد، واختلفوا في أنفسهم، كان المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وفي مسألتنا قد اتفقوا فيمَنْ يُدلون به إلى الميت، وهي الأم، فكان المال بينهما، للذكر مثل حظ الأنثيين.

[حكم ما إذا تَرَكَ ابنَ خالةٍ، وبنتَ خال]

ولو تَرَكَ ابنَ خالةٍ، وبنتَ خالٍ، كانت المسألة على الخلاف، لأنهم قد اختَلَفُوا بآبائهم، فيكون لابنِ الخالة الثلث، ولبنتِ الخال الثلثان، في قول محمد، وفي قول أبي يوسف المالُ بينهما على أبدانهما، للذكر مثل حظ الأنثيين.

وجه قول محمد في اعتباره أقربَ البطون اختلافا إلى الميت، أنهم يُدلون إلى الميت بمَن قَرُبَ منه، وليسوا عَصَبَةً، ولا ذوي سهام فوَجَبَ اعتبار مَن يُدلون بقُرْبِه من الميت دون أبدانهم، إذ ليس

---

(١) في الأصل (لأنه).
(٢) لم أهتد الى تخريجه.

هم بأبدانهم يستحقون الميراث،لامن جهة التعصيب،ولا السهام.

مسألة: [حكم ما إذا ترك جدّه أبا أمه،وبنتَ أخيه لأمه]

قال أبو جعفر:(ومَنْ تَرَكَ جَدَّه أبا أمه،وبنتَ أخيه لأمه،فإن أبا حنيفة كان يقول:المالُ للجد أبي الأم،وقال أبو يوسف ومحمد:هو لبنتِ الأخ للأم،لأنها من ولد الأم)

قال أحمد:وكذلك رُوي عن أبي حنيفة في بنتٍ أختٍ لأب وأم،أو لأب،وجَدٍّ،أن المال للجدّ أبي الأم.

وروى الحسنُ بن زياد عن أبي حنيفة في ابن بنتٍ،وجَدٍّ لأبي الأم،أن المال لابن البنت،(١) وروى أبو سليمان عن محمد عن أبي حنيفة أن المال للجد.(٢)

فأما وجه قوله أن الجَدَّ أبا الأم أولى من أولاد الأخوات،فهو أن الجَدَّ له وِلاد،وليس لهؤلاء وِلاد،فهو أولى،وهو سديد على أصله،في أن الجَدَّ أبا الأب أولى بالميراث من الإخوة والأخوات، لما اختص به من الولاية دونهم.

كذلك يجب هذا الاعتبار/في الجد أبي الأم مع أولاد الأخوات. /١٤٠

وأما وجه قوله في أن ولد البنات أولى من الجد أبي الأم في رواية الحسن بن زياد،فهو أن ولدَه أقربُ إليه من أبيه، كذلك وَلَدُ ولده أقرب من جَدِّه.

ألا ترى أن ابنَ الابن وإن سَفَل،فهو أولى بالتعصيب من الجَدِّ أبي الأب،وأما وجه رواية محمد في أن الجد أولى[لأنه أقرب].(٣)

ووجه قول أبي يوسف ومحمد في أن ولد الإخوة أولى من الجد أبي الأم،فهو أنه من ولد الأم،والجَدُّ أبو الأم من ولد الجد، وكلهم يُدلي بالأم،فولدها أقرب.

---

(١) موسى بن سليمان الجوزجاني،أخذ الفقه عن الامام محمد، وروى كتبه،عرض عليه المأمون القضاء فلم يقبل،توفي رحمه الله بعد المائتين،له ترجمة في الفوائد البهية ص/٢١٦،تاج التراجم ص/٧٤.

(٢) وقد صحح رواية الحسن بن زياد،وقدمها على رواية أبي سليمان الزيلعي في تبيين الحقائق ٢٤٣/٦،وقال ابن عابدين في حاشيته ٧٩٢/٦ وعليه الفتوى،ونقل عن العلامة قاسم أنه صح رجوع أبي حنيفة عنه.

(٣) في الأصل ترك بياض بقدركلمتين بعد كلمة (أولى)،وكتب في الحاشية كذا،وقد عللته بما ذكره الموصلي في الاختيار ١٠٥/٥.

باب الميراث بالمَوَالاة (١)

قال أبو جعفر: (وإذا وَالَىٰ الرجلُ الرجلَ، ثم ماتَ المُوالِي ولم يترك وارثاً مِن عصَبَةٍ، ولا ذوي أرحام، فالمال للذي والاه)

والأصل فيه قولُ الله تعالى {والذين عاقَدَت أيمانُكم فآتوهم نصيبَهم} (٢) (٣)

نزلت في إيجاب المواريث بالحِلْف والمعاقَدة، دون الأنساب، إلى أنْ نَزَلَ قولُه تعالى {وأُولُوا الأرحام بعضُهم أَوْلَىٰ ببعضٍ} (٤) فَجَعَلَ ذوي الأرحام أَوْلَىٰ مِن الحَليف المعاقَد. فإذا لم يكن ذوو رَحِم، استحقَّ الحليفُ الميراثَ، كما أنَّ الابنَ أولى من ابن الابن، لا أن ميراثَ ابن الابن ساقط، فإذا عُدِمَ الابن، وَرِثَ ابنُ الابن، كذلك ماوصفنا. (٥)

وأيضا "روى تميم الداري عن النبي صلى الله عليه وسلم في الرجل يُسْلِم على يدِ الرجل: أنه أَوْلَىٰ الناس بمَحْيَاه ومماته" (٦)

وظاهره يقتضي أنه أولى بميراثه بعد موته، كما قال الله

---

(١) مولى الموالاة: هو الرجل يسلم على يد الرجل، ويواليه ويعاقده على أن يرثه إذا مات، ويعقل عنه إذا جنى. كما في تبيين الحقائق ١٧٨/٢، وهناك شروط في هذه الموالاة بسطها ابن عابدين رحمه الله في حاشيته ١٢٥/٦.

(٢) هكذا في الأصل (عاقدت) بالألف، وهي قراءة غير عاصم وحمزة والكسائي، كما ذكر أبوزرعة ابن زنجلة في حجة القراءات ص/٢٠١،

(٣) من سورة النساء، آية رقم/٣٣.

(٤) من سورة الأنفال، آية رقم/٧٥.

(٥) فلا يعتبر هذا من النسخ، وقد بين المؤلف رحمه الله هذه المسألة بتوسع في كتابه أحكام القرآن ٧٥/٢-٧٨، ١٨٥/٢.

(٦) سنن أبي داود، الفرائض، باب في الرجل يسلم على يدي الرجل ٣٣٣/٣ وسكت عنه، سنن الترمذي، الفرائض، باب ما جاء في ميراث الذي يسلم على يدي الرجل ٤٢٧/٤ قال: وهو عندي ليس بمتصل، سنن ابن ماجه، الفرائض، باب الرجل يسلم على يدي الرجل ٩١٩/٢، المستدرك ٢١٩/٢، وذكره البخاري تعليقا في صحيحه، الفرائض، باب اذا أسلم على يديه ٤٥/١٢ قال: ويذكر عن تميم الداري رفعه قال: هو أولى الناس بمحياه ومماته، واختلفوا في صحة هذا الخبر. اهـ، وقد قال الحافظ ابن حجر في الفتح ٤٧/١٢ "وصحح هذا الحديث أبوزرعة الدمشقي وقال: هو حديث حسن المخرج متصل" اهـ، وقال ابن القيم رحمه الله في تهذيب سنن أبي داود ١٨٦/٤ " لا ينحط عن أدنى درجات الحسن". وقد تكلم عن تخريج الحديث، وحكمه، وما قيل فيه، ومناقشة ذلك، بإفاضة فضيلة العلامة الشيخ محمد عوامة حفظه الله بخير وعافية في تحقيقه لمسند عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه للامام الباغندي ص/١٥٨-١٦٢.

تعالى{وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله}(١)،وعنى به الميراث،إلا أن الكل متفقون على أنه إذا لم يواله،لم يستحق الميراث(٢).فخصصناه بالاتفاق.وبقي حكم اللفظ في إيجاب الميراث في حال الموالاة والمعاقدة.

وأيضا فان من لا وارث له،يجوز عندنا أن يوصي بجميع ماله.

"وقال عبد الله بن مسعود:يا معشر همدان:ما قبيلة العرب أولى بأن يموت الرجل منهم،ولا وارث له غيركم.فإذا كان كذلك فليضع أحدكم ماله حيث شاء"(٣)

وإذا كان ذلك من أصلنا،جاز له أن يوالي غيره،فيجعل له ماله بعد الموت،كما جاز أن يوصي له به.

وكذلك قالوا:إن له أن يرجع بولايته إلى غيره،مالم يعقل عنه،كما يرجع في الوصية.فإذا عقل عنه،فقد تعلق بالموالاة حكم لا يمكنه فسخه.فلا سبيل بعد ذلك إلى إبطاله.

وعلى هذا قال أصحابنا فيمن أقر بأخ،ولا وارث له،أن نسبه لا يثبت،ويستحق ميراثه بعد الموت(٤).

* * * *
* * *

---

(١) من سورة الأنفال،آية رقم/٧٥.
(٢) مراتب الاجماع ص/١٠٨.

(٣) الآثار لأبي يوسف ص/١٧٢(٧٨٥).مصنف ابن أبي شيبة ١١/١٩٧. المحلى لابن حزم ٩/٣١٧.
(٤) كما سيأتي تفصيله ان شاء الله في كلام الجصاص ص/٥٢٠.

باب مايجوز مِن الدَّعوى[1] للرجل والمرأة، فيَحْجُب مَن سِوَاه مِن عَصَبَة

قال أبو جعفر: (ولا يجوز دِعوة[1] الرجل إلا في أربعة: أن يقول هذا ابني، أو هذا أبي، أو هذا مولاي الذي أَعْتَقَني، أو هذه زوجتي بعد أن يكون في دِعوة البُنُوَّة [أو الأبوة][2] موهوماً[3] ما قاله)

قال أحمد: الأصل في ذلك أن إقرار الرجل مقبولٌ على نفسه، غير جائزٍ على غيره، وإقرار الرجل بالبُنُوَّة والأبوَّة إنما هو على نفسه لا يتعلَّق ثبوته عليه بغيره، فجاز حكم ما يجوز إقراره كسائر الحقوق من الأموال وغيرها، وكذلك إقراره بالوَلاء والتزويج.

فإن قال قائل: عقد النكاح لا يصح به وحده، فينبغي أن لايُصدَّق عليه إلا بشاهدَيْن.

قيل له: لو صح هذا الاعتبار، لما صح الإقرار بالبيع، وسائر العقود لأنها لاتصح بإيجاب أحدهما إلا بقَبُول الآخر، ونحن لانعلم أنه كان هناك عقد متقدم، فيه إيجاب وقبول، فلو جاز إقرارهما بكون عقدٍ فيه إيجاب وقَبُول، في أَمَةٍ زَعَمَا أنهما عَقَدَا فيها بيعاً، أو هبةً فيما بينهما، كذلك يجوز إقرارهما بعقد نكاحٍ صحيح، لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة، ولا يجوز حملُها على الفساد، إلا أن يُعلم.

وأيضا فلما كانا مالكَيْن للمعقود عليه وللعقد، وَجَبَ أن يكون إقرارهما فيه [جائزاً][4]، كما جاز إقرار الإنسان بسائر العقود، إذ كان مالكاً له في الحال.

/١٤١ /ودليل آخر لجواز دَعوى المقِرّ على الوجه الذي نجيزها عليه، وهو أنه لاسبيل إلى معرفة ثبوت النسب من الرجل إلا من جهته، فصار قوله فيه كالبَيِّنَة، كالحيض لما لم يكن لنا سبيل

---

(١) أي ادعاء نسب لأحد من الناس، "والدعوة بالكسر في النسب والدعوى بالفتح مثل ذلك، كما في مختار الصحاح، والمصباح المنير (دعا).
(٢) ساقطة من الأصل، وأثبتها من المختصر ص/١٥٣.
(٣) أي محتملا قوله لذلك غير مستحيل، كمن ادعى ولدا وكان هذا الولد أكبر منه سنا فلا يصدق. والله أعلم.
(٤) ساقطة من الأصل.

إلى معرفته إلا من جهة المرأة،صار قولُها فيه كالبيِّنة،وقد بيَّنّا ذلك فيما تقدم.(١)

والمرأة مصدَّقة في جميع ذلك إلا في دَعوى الولد،فإنها لا تُصدَّق إلا بشهادة المرأة،تشهد على الولادة.

وفارَقَت الرجلَ من وجهين أحدهما: أنه قد يمكننا الوصول إلى صحة دعواها من جهة غيرها،وهي القابِلَة التي تحضُر الولادة وكُلِّفَت البيِّنةَ فيها على حسب الإمكان،ولا يكلَّف الرجال لأنهم لا يحضرون ذلك الموضع.

والوجه الآخر: أنها حاملة للنسب على غيرها، ألا ترى أنا إذا شَبَتَّنا النسب منها بقولها،ولها زوج،وَجَبَ إثباته من الزوج، فكان فيه حَمْلُ النسب على الغير.

وهذا هو معنى"قول عمر بن الخطاب فيما كَتَبَ به إلى أمرائه: أن لا يُوَرَّث الحَمِيل(٢) إلا ببيِّنة"(٣)

وليس هذا المعنى موجوداً في الرجل،لأنه ليس في إثبات النسب للولد منه حَمْلٌ للنسب على غيره، ألاترى أنا إذا أثبتناه منه،وله امرأة لم يثبت من امرأته، إلا أن تُصَدِّقه،لأن الرجل قد يكون له امرأتان،وثلاث،وأربع،ويستفرِشُ بملك اليمين.

وليس في إثبات النسب منه حكم بيِّن بإثباته مِن امرأةٍ بعينها،وفي إثبات النسب من المرأة،إلزام الولدِ زوجَها،لأنها لا تكون فراشاً إلا لواحد.

فإن قيل:فقد ثبت النسب منها،ولا يلحق بغيرها،بأن تلِده من زناً،ولا زوج لها.

قيل له:قد يكون ذلك،ولكنه لايجوزلنا حَمْل أمرها على الزنا،لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة والجواز،حتى يتبيَّن غيرهما.

---

(١) ص/٤٦٨.
(٢) في الأصل (الحمل)،والتصويب من سنن الدرامي٢/٢٧٩"والحميل هو الذي يحمل من بلاده صغيرا الى بلاد الاسلام،وقيل هو المحمول النسب،وذلك أن يقول الرجل لانسان:هذا أخي أو ابني ليزوي ميراثه عن مواليه،فلا يصدق الا ببينة"كما في النهاية لابن الأثير ١/٤٤٢.
(٣) سنن الدرامي ٢/٢٧٩،الآثار لمحمد بن الحسن ص/١٥٥.

باب إقرار بعض الورثة بوارثٍ مجهول

قال أبوجعفر:[1] [حكم إقرار أحد الابنَيْن الوارثَيْن بزوجةٍ لأبيهما]

(وإذا تُوُفِّي الرجل وتَرَكَ ابنَيْن،فأقرَّ أحدُهما بزوجةٍ لأبيه، وكذَّبه الآخر فيها،فإنها تقاسمه على ما في يده على تسعة أسهم، لها منها سهمان،وله سبعة أسهم)

وإنما شارَكَتْه في الميراث وإن لم تثبت الزوجية بقوله،مِن قِبَل أنه اعترف بشيئَيْن،أحدُهما:زوجيةٌ كانت،والآخر:أن لها بعض ما في يده،فلا يُصَدَّق على الزوجية،ويُصدَّق على ما في يده،لأنه مالُه أقرَّ به لغيره.

وليست صحة وجوب الشركة في المال متعلقة بثبوت الزوجية، فصُدِّقَ فيما يملكه،ولم يُصَدَّق فيما لا يملكه.

والدليل على صحة ذلك اتفاق الجميع على أنه لو أَقَرَّ بأن امرأتَه أختُه،وليس لها نسب معروف،لم يثبت النسب،ويثبت التحريم.

وكذلك لو اشترى عبداً،ثم أَقَرَّ أن البيِّع كان أَعْتَقَه،أُعْتِق العبد،ولم يرجع على البيِّع بالثمن،فصُدِّق على نفسه فيما يملكه ولم يُصَدَّق فيما لا يملكه من الرجوع بالثمن،كذلك ما وصفناه.

ولو أَقَرَّ رجل أنه باع نصيبَه من داره من فلان،وأنكر المشتري وحَلَف،أخذ الشفيع نصيبَ المقِر بالشفعة،وإن لم يثبت البيع.

وكذلك لو أَقَرَّ أحدُ الوارثَيْن بدَيْن على الميت،جاز إقراره على نفسه،ولم يجز على أخيه.

وقد قال مخالفنا في العبد المحجور عليه،إذا أَقَرَّ بسرقة عشرة دراهم في يده،أنه يُقْطَع،ويَدفع الدراهمَ إلى المولى، فصَدَّقه على نفسه في القطع،ولم يُصدِّقه على المولى فيما في يده

---

(١) في الأصل (محمد)، وينظر مختصر الطحاوي ص/١٥٣.

وهذا أبعد مما ذكرنا في جواز الإقرار بالمال،لأن القطع لامحالة متعلق بسرقة المال.

فإن قيل:فلو أَقَرَّ أن له عليه عشرة دراهم،من ثمن هذا الثوب الذي في يده،لم يستحِقَّها إلا بتسليم الثوب إليه.

قيل له:ليس هذا مما قلنا في شيء،وذلك لأن إقراره تَضَمَّن ثبوت المال عليه بدلاً من الثوب،ولا يستحق الثمن إلا بسلامة المبيع له،فكان ذلك في مضمون إقراره،فلذلك لم يلزمه إلا بعد سلامة المبيع له.

١٤٢/ وليس النسب الذي/اعترف به،عوضاً من المال الذي يأخذه، وكان بالتحريم الواقع من جهة الأخوة،أشبه منه بالإقرار بثمن الثوب،فلذلك ثبت،وإن لم يثبت النسب أو الزوجية.

وأما وجه قوله (فإنه يقاسِمُها مافي يده على تسعة)،فمِن قِبَل أنه زعم أن لها الثمن،واحدٌ من ثمانية،ويبقى سبعةٌ بين الابْنَيْن لا يصح،فاضربْ أصلَ المال وهو ثمانية في سهمين،تصيرُ ستةَ عشر،لها سهمان،ولكلِّ ابنٍ سبعة،فالجاحِدُ غاصب فيما تضمنه إقراره من نصيبها،فصار الباقي بعد نصيب الأخ بينهما على ما استحقاه في الأصل،ولا يكون هو أولى بدخول ضرر جحود الجاحد عليها،من الابن المُقِرّ،وضَرَبَتْ فيما في يد المُقِرّ بنصيبها من الجملة،وهو سهمان،وضَرَب فيه المقِرُّ بنصيبه،وهو سبعة،فكان مافي يده بينهما على تسعة.

مسألة: [في إقرار أحد الابنَيْن الوارثَيْن بأخ من أبيه]

قال أبو جعفر:(وإن لم يقر بزوجة،ولكنه أَقَرَّ بأخٍ له من أبيه،وكذَّبه الآخر فيه،قاسَمَ المُقَرَّ له المُقِرَّ بما صار إليه من الميراث نصفَيْن)

وذلك لأنه زعم أنه شريكه في المال على المساواة،فلا يستحق هو شيئاً إلا وله مثله،وإن الجاحد غاصب لما جَحَد،فصار كمَالٍ بين رجلَيْن،غَصَبَ رجلٌ منه بعضَه،فيكون الباقي بينهما على حسب ما كان لهما فيه.

قال أحمد :وقال أصحابنا :لو لم يقر أحدُ الابنين بأخٍ،ولكنه أَقَرَّ بأن الميت أوصى لهذا الرجل بثلث ماله ،وصَدَّقَه الموصَى له ، وكَذَّبه الأخ، أن الموصَى له يأخذ من المُقِر ثلثَ ما في يده .

وسَوَّى ابنُ أبي ليلى بين الإقرار بالوصية،وبأخٍ،فقال فيهما جميعاً يأخذ المُقَرُّ له ،ثلثَ ما في يدي المُقِرِّ.(١)

وجهة الفرق بينهما على مذهب أصحابنا ، أن المُقِرَّ بالأخ قد تضَمَّن إقراره إيجاب الشركة بينه وبين المُقَرِّله في جميع المال وإيجاب المساواة بينهما فيما يستحقانه .فلا يحصل في يده منه شيء إلا والآخر مساوٍ له فيه .فلذلك أَخَذَ منه نصفَ ما في يده .

والمُقِرُّ بالوصية لا يتضَمَّنُ إقراره إيجابَ المساواة بينهما ، وإن كان الموصَى له بالثلث في هذه الحال لو صَحَّت وصيتُه استحقَّ ثلثَ المال،واستحق المُقِرُّ الثلثَ،مِن قِبَل أن الوصية مقصورة على الثلث،لا في جميع المال،ولا حق للموصَى له في الثلثين، ألا ترى أنه لو أوصى لرجلَيْن،لكلّ واحدٍ منهما بالثلث على حِدَة ، أنهما يقتسمان الثلث بينهما نصفَيْن،ولم يكن لهما حق في الثلثين، وليس كذلك الوارث، لأن حقَّه ثابت في جميع المال.

ألا ترى أنهم لو كانوا جماعةً بَنِيْن تساوَوْا جميعاً في المال ولم يفضَّل واحدٌ منهما على صاحبه ،وأنه لو أوصَى لجماعةٍ ،لكلّ واحدٍ منهم بالثلث،كان الثلث مقسوماً بينهم ،والثلثان للورثة لا يشارك أحدٌ من الموصَى لهم سائرَ الورثة فيما يأخذونه .

فقد تبيَّن أن الإقرار بالوصية لم يقتضِ إيجاب المساواة بينه وبين الموصَى له ،ولا إثبات الشركة بينهما في جميع مايأخذه المُقِرّ.

وإذا كان هذا هكذا،قلنا إن المُقِرَّ بالوصية أَقَرَّ له بثلث المال،نِصْفَه وهو السدس في يده ،ونصفَه في يد أخيه ،فيأخذ منه السدس الذي تضَمَّنَه إقراره ،ولا يأخذ منه أكثر منه ،لأنه يقول له :لا حق لك في أكثر من الثلث،وذلك الثلث الذي أقررتُ لكَ به

---

(١) ونقل هذا عن ابن أبي ليلى أيضا ابنُ قدامة في المغني ١٤٧/٧.

نصفه في يدي،فأسلِّمُه إليك،والنصف الذي في يدي أخي موقوفٌ على تصديقه .

وأما المُقِرُّ للأخ،فإنه زَعَمَ أنه شريكه،ومساوٍ له في جميع المال،فلا يستحق أحدُهم شيئاً إلا وللآخر مثله ،فلذلك كان الأمر فيه على ما وصفنا .

قال أحمد:وقالوا في أحد الابْنَيْن إذا أَقَرَّ بدَيْن على الميت، وكذَّبه أخوه، أنه يأخذ جميعَ دينه مما حصل في يده ،كأنَّ الميت لو ترك مائتي درهم ،فأخَذَ كلٌّ واحدٍ من الابْنَيْن مائةَ درهم ،ثم أَقَرَّ أحدُهما/بمائة درهم على الميت،وكذَّبه الأخ، أن المُقَرَّ له يأخذ جميعَ المائة التي صارت للمُقِرّ. /١٤٣

والدَّيْن مفارق للوصية والميراث،وذلك لقول الله تعالى{مِن بعدِ وصيَّةٍ يوصي بها أو دَيْن}(١)فأوجب الميراثَ بعد الدَّيْن،فلا يجوز أن يستحق شيئاً من الميراث وهناك دَيْن،لأنه حينئذٍ يكون قد استحق الميراث مع الدَّيْن،والله تعالى إنما أوجبه بعد الدَّيْن.

فإن قيل:قوله{أو دَيْن}لفظ مذكور يتضمنُ استحقاقَ جواز الميراث بعد قضاءِ جزءٍ من الدَّيْن الذي على الميت،ولا يصح لك الاحتجاج بالظاهر مع قضاء جزء من الدَّين.

قيل له :قد تضمنت الآية المنعَ من استحقاق الميراث مع بقاء الدَّيْن، لأن قوله{مِن بَعْدِ}يقتضي الترتيب،وما دامَ هناك دَيْن باق، فهو ممنوع من استحقاق المال مع بقائه .وقضاء جزءٍ من الدَّيْن غير مُخرجٍ مخالِفنا من مخالفة حكم الآية ،إذ كانت الآية متضمنة لمنع الميراث مع بقاء شيء من الدَّيْن،قليلاً كان أو كثيراً.

ووجه آخر،هو أن الابنَ الجاحد بمنزلة الغاصب في حق الغريم على ما تضمنه إقرار المُقِرّ،ولو أن غاصباً غَصَبَ بعضَ مال الميت كان الباقي مصروفاً في دَيْنه ،دون ورثته ،كذلك المُقِرّ يزعم أن الأخ الجاحد غاصب في حق الغريم ،وأن حق الغريم ثابت في جميع ما أخذه ،فلذلك سلَّمَ إليه جميعَ دينه من نصيبه .

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/١١.

وليس كالإقرار بأخٍ آخر،أو وصية بالثلث،لأن ذلك يقتضي الشركة بينهما، أما الأخ ففي جميع المال،وأما الموصَى له ففي الثلث، والغريم لا يثبت بينه وبين الوارث شَرِكَةٌ بحال،فلذلك اختلفا.

مسألة: [حكم ما إذا أَقَرَّ أحدُ الابنَيْن الوارثَيْن بأخوَين لأبيه]

قال أبو جعفر: (وإذا أَقَرَّ بأخوَيْن لأبيه،فصَدَّقه أخوه في أحدهما،وكَذَّبه في الآخر،فإن أبا يوسف قال:يأخذ المُصَدَّقُ به مِن المُقِرِّ بهما رُبُعَ ما في يده،فيضمُّه إلى ما في يد الذي أَقَرَّ به خاصة،فيقسمان ذلك نصفَيْن،ويَرْجِعُ المكَذَّبُ به إلى الذي أَقَرَّ به خاصة،فيقاسِمُه ما في يده نصفَيْن.

قال:هذا قياس قول أبي حنيفة.وقال محمد:يأخذ المصَدَّقُ به من يد المُقِرِّ بهما خُمُسَ ما في يده،فيضمُّه إلى ما في يد المُقِرِّ به خاصة،فيقاسمه إياه نصفَيْن،ويرجعُ المُكَذَّبُ به على المُقِرِّ به وبالآخر،فيقاسمه ما في يده نصفين.

قال:وقد روى الحسن بن زياد هذا القول عن أبي حنيفة،وهو الصحيح على مذاهبهم،وهذا الجواب إذا كان المقَرُّ بهما متكاذِبَيْن)(١)

وجه قول أبي يوسف،أن في يد كلِّ واحدٍ من الاثنَيْن نصف المال فاعترف المقِرُّ بهما جميعاً،إن كان جزءٌ من المال،حُكْمُه أن يكون بينهم على أربعة،لكل واحدٍ منهم(٢) الرُّبُع،فقد اعترف للمتَّفَق عليه بِرُبُعِ ما في يده،ورُبُعِ ما في يد أخيه،وقد صَدَّقه فيه،فأخذ الرُّبع الباقي له في يده،ويضمُّه إلى ما في يد المصَدَّق به خاصة فيكون بينهما نصفين،لاتِّفاقهما جميعاً أن كل شيء يحصل لأحدهما، فهما متساويان فيه.

وقال محمد:يأخذ المتَّفَقُ عليه خُمُسَ ما في يد المُقِرِّ بهما، وذلك لأنه أَقَرَّ لكلِّ واحدٍ بِسَهْمَيْن من ثمانية،فزعم أن للمتَّفَق

---

(١) أي كل واحد منهما يدفع صاحبه،كما في مختصر الطحاوي ص/١٤٥.
(٢) في الأصل (منهما) بالتثنية.

عليه سهمَيْن: أحدهما في يدي، والآخر في يد أخي، وقد صَدَّقني أخي فيه، فتسقُط عني مخاصمته، فيضرب ما في يدي بسهم، وأَضْرِبُ أنا لنفسي بسهمَيْن، وللذي أقررتُ به وحدي سهمَيْن، فيكون ما في يدي بيننا على خمسة، فيأخذ خُمُسَ ما في يدي، والباقي بيننا نصفَيْن.

قال أبو جعفر: (وإن كان المُقَرّ بهما متصادِقَيْن فيما بينهما فإن محمداً قال: يأخذ المكَذَّبُ به من الذي أَقَرَّ به خاصة ثلثُ ما في يده، فيضُمُّه إلى ما في يد الآخر، ثم يقاسمه والمُقِرُّ به الآخر بالسوية. قال: ولم يحك محمد في ذلك خلافاً)

/وذلك لأنه أَقَرَّ له بسهمَيْن، فلما صَدَّقه الآخر سَقَط من إقراره له نصف ما أَقَرَّ به له، وبقي من إقراره له سهم، ولنفسه سهمان، فلذلك قال يأخذ من ثلث ما في يده. /١٤٤

مسألة: [حكم إقرار الورثة بابنٍ للميت غيرِ معروف]

قال أبو جعفر: (ومَن توفِّي، وتَرَكَ ابنَيْن معروفَيْن، أو ورثة سواهم معروفين، فأقرُّوا بابنٍ للهالك غيرِ معروف، قُضِيَ بنسبه من الهالك، وحصل ابنُه.

قال: وإن كان الهالك لم يترك إلا وارثاً واحداً، فأقرَّ بابنٍ للهالك، فإن أبا حنيفة ومحمداً(١) قالا: يدخل في الميراث، ولا يثبت نسبه من الهالك، وهذا القول هو المشهور من قول أبي يوسف.

قال: وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان وارث واحد، لا يُعرَف للهالك وارثٌ غيره، وأَقَرَّ بابنٍ للهالك، قُضِيَ بنسبه من الهالك، وجُعِلَ إقرار هذا المُقِرّ، كإقرار ورثةٍ لو كانوا للهالك جميعاً).

قال أحمد: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: إن من قولهم جميعاً، أنه لو وَقَعَ التجاحد من الورثة، لم يُقْبَل في إثبات نسب من الميت إلا بشهادة رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن من الورثة، أو من غيرهم.

---

(١) في الأصل (محمد).

وإذا لم يقع التجاحد، وأقرُّوا جميعاً بالنسب، ثَبَتَ النسب منه وإن كان واحداً، بعد أن لا يكون هناك وارثٌ غيره، فكذَّبَه، على ما روى أبو جعفر عن أبي يوسف، وكان يجعل ما رُوي عن أبي يوسف قولهم جميعاً.

وما روى محمد في اعتبار رجلَين، أو رجلٍ وامرأتين قولهم جميعا أيضاً، إذا تجاحدوا، فإذا لم يتجاحدوا فلا اعتبار بذلك.

وكان يحتج بذلك، لأن الورثة خصم على الميت يقومون مقامه في حقوقه، فيصير إقرار الورثة جميعاً كإقراره، إذ ليس هناك آخر يتعلق عليه حق.

فإن قيل: فلمَ صَدَقْتَ الوارث على الميت في إثبات النسب منه؟

قيل له: الميت لا يثبت له، ولا عليه حق، وإنما يتعلق بالميت من الحقوق ما كان حقاً للحي، فإذا لم يكن فيه حق للحي، فلا اعتبار لحق الميت فيه، لأن الميت قد انقطعت حقوقه من الدنيا فلذلك صُدِّق الوارث إذا لم يكن حي يتعلق عليه الحق بجَحْدِه.

* * * *
* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الخُنْثَى (١)

[ميراث الخُنْثَى]

قال أبو جعفر:

(قال أبو حنيفة: إذا هَلَكَ الرجل عن ولدٍ خُنْثَى، وعن ابنٍ غير خنثى، أُعْطِيَ للخنثى على أنه بنتٌ حتى يُعلَم غير ذلك، وقال أبو يوسف: المالُ بينهما على سَبْعةٍ، للابنِ المعروف منها أربعة، وللخنثى ثلاثة، وقال محمد: للخنثى خمسة من اثنَيْ عشر، وللابن سبعة)

وجه قول أبي حنيفة أن نصيبَ البنت مُتَيَقَّن به، والزيادة عليها مشكوكٌ فيها، ولا يستَحِقُّه إلا بيقين، لأنه لا يجوز توريثه بالشك.

وأما أبو يوسف، فإنه ضَرَبَ للابن بنصيب ابنٍ كامل، وهو أربعة، وللخُنْثَى بثلاثةِ أرباع نصيبِ ابنٍ، وذلك لأنه ضَرَبَ لها بنصفِ ميراث ابنٍ، سَهْمَيْن من أربعة، وبنصيبِ ميراث بنتٍ، سهماً واحداً، فصار جميع ما يُضْرَب لها ثلاثة، وضَرَبَ للابن بأربعة.

وأما محمد فإنه جَعَلَ الخنثى مستَحِقّاً لستةٍ من اثنَيْ عشر في حال، [و]يستَحِقُّ في حال أربعة (٢)، لأنه إن كان ذكراً، فله ستة، ولأخيه ستة، وإن كان أنثى فله أربعة، ولأخيه ثمانية، فله في حالٍ أربعة وله في حالٍ ستة، فذلك عشرة له في حالَيْن، له نصفُ ذلك، خمسةٌ من اثنَيْ عشر، والابن يستَحِقُّ في حالٍ ثمانية، وفي حالٍ ستة، فذلك أربعة عشر في حالَيْن، له نصفها سبعة.

وقد ذُكِرَ عن أبي يوسف رجوع الى هذا القول.

وإن شئتَ قلتَ: إن أربعةً متَيَقَّنَة للخنثى، وما بينها وبين الستة مشكوك فيه، وهو سَهْمَان، فثَبَتَ نصفه، فيحصل له خمسة من اثنَيْ عشر، والابن قد تَيَقَّنَّا له ستة، وما بينهما وبين الثمانية مشكوك فيه، وهو سهمان، فثبت نصفه /ويبطل نصفه. /١٤٥

---

(١) "الخنثى الذي له ما للرجال والنساء، والجمع خناثى بالفتح كحبلى وحبالى" كما في المغرب للمطرزي ٢٧٢/١. "ويلحق به من عري عن الآلتين جميعا" كما في تبيين الحقائق ٢١٤/٦.

(٢) في الأصل (في حال يستحق وقال أربعة).

وإنما جعل أبو حنيفة ما فَضَل عن ميراث البنت للابن،ولم يقِفْه،لأن ميراثه مُتَيَقّن أنه نصيب ابن،والمزاحمة بينه وبين الخنثى في النقصان لا نعلمه،فلا يحطّه عنه،ولا يقفه،لأن وقوفه معلوم بطلانه،إذ ليس فيه حق لأحد.

مسألة: [الحكم على الخنثى بالذكورة والأنوثة]

قال أبو جعفر: (وقال أبو حنيفة: إن بالَ الخنثى من حيث يبول الرجل،كان رجلاً،وإن بالَ من حيث تبول المرأة فهو امرأة، وإن بال منهما جميعاً،فمِن أيِّهما سَبَقَ البولُ،فالحكم له،ويرث به،وإن بالَ منهما جميعاً معاً،فإن أبا يوسف قال:لاعِلْمَ لي به)

قال أحمد:قد روي عن أبي يوسف:أنه مِن أكثرِهما بولاً يورث، وذَكَرَ محمد في كتاب الخنثى هذا القول عن أبي يوسف،ثم قال بعد ذلك:فإن بالَ منهما جميعاً،لا عِلْمَ لي بهذا،وهو قول محمد، ولم يذكر أكثرَهما بولاً.

وعن أبي حنيفة: أنه إذا بالَ منهما،فهو مُشْكِل،وروى أبو يوسف عنه فيما حكاه بِشْر بن الوليد(١)،أنه يُعْتَبَرُ أيُّهما سَبَقَ، وذكر محمد في كتاب الدَّعوى: أنه إذا بالَ منهما جميعاً،قضيتُ به لأوّلهما نَزَلَ منه،ولم يَذْكَر فيه خلافاً،ثم قال:فإن بالَ منهما جميعاً معاً،لا يَسْبِقُ واحدٌ منهما صاحبَه،قُضِيَ به للأكثر،في قول أبي يوسف ومحمد،وفي قول أبي حنيفة:لا حُكْمَ للأكثر،فجَعَلَه مشكلاً مع كثرة أحد البَوْلَيْن.

فأما اعتبار المَبَال،فإن الأصل فيه ما رُوي عن علي رضي الله عنه،وابنِ عباس،وجماعة من السلف(٢) أن الخنثى يُوَرَّث مِن حيث يَبُول.

"وروى أبو يوسف عن الكَلْبي عن أبي صالح عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سُئِلَ عن مولودٍ وُلِدَ في قوم،وله

---

(١) بشر بن الوليد بن خالد الكندي،القاضي أحد أصحاب أبي يوسف،روى عنه كتبه وأماليه،كان ثقة،متعبدا،واسع الفقه،توفي رحمه الله سنة/٢٣٨هـ،له ترجمة في الفوائد البهية ص/٥٤-٥٥.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٣٠٨/١٠،مصنف ابن أبي شيبة ٣٤٩/١١،سنن البيهقي ٢٦١/٦.

ما للمرأة، وما للرجل، كيف يُوَرَّث؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حيث يَبُول". (١)

ولأن ظهور البول منه يدلّ على أنه هو المَجْرَى الأصلي، فاعتُبِرَ دون غيره، وإذا سَبَقَ مِن أحدهما، فالاعتبار بالسابق، لأن سَبْقَه يدل أيضا على أنه المَجْرى في أصل البُنْيَة، وأن رجوعه إلى الموضع الآخر انصرافٌ عن المجرى لعلَّة، أو سببٍ عارض.

وأما أبو حنيفة، فلم يُعْرِفْ حكمَه إذا بال منهما معاً، ولم يعتبر كَثْرَةَ البول، لأنه قد يَقِلّ ويَكْثُر، لأجل ضِيْقِ المَخْرَج وسَعَتِه، فلا دلالة فيه على حالة في الذكورة والأنوثة.

فصل: [زوال إشكال الخنثى ببلوغه]

قال أبو جعفر: (وقالوا جميعاً (٢) إذا بَلَغَ باحتلامٍ، أو حيضٍ، أو شيءٍ مما يدل على واحدٍ منهما، صارَ من أهل الدليل الذي وقف منه عليه، وانقطع عنه الإشكال)

وذلك لأن هذه مِن العلامات التي يَخْتَصُّ بها أحدُ الصنفين من الذكور والإناث، ولا يصح اجتماعهما فيهما، فمَن وُجِدَت فيه، حُكِمَ له بما تقتضيه، والذي ذَكَرَه أبو جعفر من الاحتلام، إنما هو فيمَن يحتلم، كما يَحْتَلِمُ الرجل، فيُحْكَم له بحكمه، أو كما تَحْتَلِمُ المرأةُ فيُحكَم لها بحكمها، [حيث] (٣) إن المرأة قد تحتلم.

قال: (وقال محمد بن الحسن: الإشكال فيمَن لم يَبْلُغ، فإذا كان البلوغ ذهب الإشكال)

وذلك لأنه لايخلو بعد الظهور مِن إحدى العلامات المبيِّنة لأمره، مِن ظهور لِحْيَةٍ، أو جِمَاعٍ كجِمَاعِ الرَّجُل، أو احتلامٍ كاحتلام الرجل أو المرأة، أو حيضٍ، أو خروج ثَدْيَيْن كثديَي المرأة.

---

(١) قال البيهقي في سننه ٢٦١/٦ اسناده ضعيف، وبعد أن رواه من طريق أبي يوسف قال: محمد بن السائب الكلبي لا يحتج به. اهـ ولكن مما يقوي الحديث أن العمل جار عليه، فقد قال ابن المنذر" أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول"، كما في المغني لابن قدامة ١١٤/٧.
(٢) أي الامام وصاحباه رحمهم الله.
(٣) بياض في الأصل بقدر كلمة، وكتب في الحاشية (كذا).

قال أبو جعفر: [خِتَان الخنثى]

(فإن احتاج إلى الختان،فإن كان له مال اشتُرِيَتْ له جاريةٌ خَتَّانَة فتختنه .وإن لم يكن له مال،اشترى له الإمام من بيت مال المسلمين خَتَّانة فتختنه ،فإذا خَتَنَتْه ،باعها ،ورَدَّ ثَمَنَها في بيت مال المسلمين.

قال:ولم يحكِ محمدٌ خلافاً بينه وبين أبي يوسف)

ووجه ذلك أنه إن كان ذَكَراً ،لم يَجُزْ للمرأة أن تختِنَه ،وإن كان أنثى،لم يكن للرجل أن يختِنَها ،فاحتاط بأن تختِنَه مِلْكُ يمينه على/ الوجه الذي قال،لئلا يوقِع به محظوراً . /١٤٦

قال أبو جعفر:(وسمعتُ ابنَ أبي عمران يقول:القياس عندنا في الخنثى إذا احتاجَ إلى الختان أن يزوِّجه الإمام امرأةً ، فتختنه ،فإن كان ذكراً،كانت زوجتَه وختَنَتْه ،وإن كان أنثى،كان مباحاً لها ذلك)

قال أحمد:ما حكاه أبو جعفر عن أصحابنا هو أصح من ذلك، لأنّا إذا زَوَّجْنَاه ،كان عقدُ النكاح مشكوكاً فيه ،فإن صَحَّ صارت المرأة معلَّقة ،لا يمكنها الخلاص منه ،ولا يُتَيَقَّن وجوب المهر بالعقد ،ولا وجوب الميراث إن مات،وهو مشكِل،لا يُدرى هل نلزمه بعتقها أم لا؟

وإذا اشترى له جاريةً ،فإذا خَتَنَتْه بِعْنَاها ،وبقي ثمنُها في مِلكه ،وإن كانت اشتُرِيَتْ من بيت المال،بِعْنَاها أيضاً،ورَدَدْنا الثمنَ في بيت المال،فيكون قد قُمْنا بما يجب من سُنَّة الختان، من غير إضرار بأحد.

قال أبو جعفر: [موقفُ الخنثى في صلاة الجماعة]

(وموقِفه في الصلاة بين صفوف الرجال،وصفوف النساء،ولا يقف مع واحدٍ منهما)،وذلك لأنه إن كان رجلاً،لم يجز له القيام في صف النساء،وإن كانت امرأةً لم يجز له القيام في صف الرجال، فَوَجَبَ أن يقف بينهما.

* * * *
* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوَصَايَا

[الوصية للوارث]

(قال أبو جعفر: ولا وصيَّة لوارث، إلا أن يجيزها الورثة بعد موت الوصي، وهم أصحَّاء بالغون)

قال أحمد: قد روي أن الوصية كانت واجبة للوالدين والأقربين، قبل نزول آية المواريث، بقول الله تعالى {كُتِبَ عليكم إذا حَضَرَ أحَدَكُمُ الموتُ إن تركَ خيراً الوصيةُ للوالدين والأَقْرَبِين}[2]، ثم نُسِخَ وُجوبها بآية المواريث وهي قوله تعالى {إنِ امرؤٌ هَلَكَ ليس له وَلَد وله أختٌ فلها نِصف ماتَرَك، وهو يَرِثُها إن لم يكن لها ولد} إلى قوله: {وإن كانوا إخوةً رجالاً ونساءً فللذَّكر مثل حظ الأنثيين}[3].[1]

فأوجب قسمة جميع ماتركَ الميت بينهم بالميراث، فَسَقَطَ به فرض الوصية والميراث في مال واحد.

ومن الناس مَنْ يقول إنها ثابتة للوالدين والأقربين من غير أهل الميراث، نحو أن يكونا كافِرَيْن أو عَبْدَيْن.

وآية المواريث التي ذكرناها تقضي ببطلان هذا القول من الوجه الذي ذكرنا.

وأما جواز الوصية، فالأصل فيه قولُ الله تعالى في ذكر المواريث {مِن بعدِ وصيةٍ يُوصَى بها أو دَيْن}[4]، فأجاز الوصية، وَجَعَلَ الميراثَ بعدها.

وروى ابنُ عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "ما حقُّ امرىءٍ مسلمٍ يبيتُ ليلتَيْن، وله مالٌ يوصي فيه، إلا ووصيتُه مكتوبةٌ عنده"[5]

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٦٥/١، نواسخ القرآن لابن الجوزي ص/١٥٨، تفسير ابن كثير ٢١١/١.
(٢) من سورة البقرة، آية رقم/١٨٠.
(٣) من سورة النساء، آية رقم/١٧٦.
(٤) من سورة النساء، آية رقم/١٢.
(٥) صحيح البخاري، الوصايا، باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم (وصية الرجل مكتوبة عنده) ٣٥٥/٥، صحيح مسلم، الوصية ١٢٤٩/٣.

وقال في قصة سعد حين أراد أن يوصيَ بجميع المال قال: "الثُّلُثُ والثُّلُثُ كثير"(١).وهو اتِّفاق من الأمة(٢).

فأما وجه بطلان الوصية للوارث،فما رواه ابن عباس،وعَمْرو ابن خَارجة،وأبو أُمَامة وغيرُهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:"لا وصِيَّة لوارث،إلا أن يجيزها الورثة"(٣)في لفظ حديث ابن عباس،وعَمْرو بن خَارجة.

مسألة: [حكم الوصية للحَرْبي]

قال أبو جعفر:(ولا وصِيَّةَ لحربي،وإن أجازَ ذلك له الورثة)

قال أحمد:وهذا إنما هو في الحربي إذا كان في دار الحرب، لأن اختلاف الدارَيْن يقطع العِصْمَة،ويَمنعُ إثبات الحقوق فيما بين الفريقَيْن، أعني: أهل دار الحرب،ودار الإسلام.

والدليل على ذلك أنا إنما نملِك على أهل الحرب أموالَهم بالغَلَبَة والحِيَازة،وكذلك هم يملِكُون علينا بالغَلَبَة وحيازة الأموال في دارهم،فلو جاز أن يثبت لنا حقٌّ في دارهم، أو يثبُتَ

/١٤٧ لهم حق في دارنا،لَمَتَنَع ثبوتُ ذلك من وقوع / المِلك بالغَلَبَة والقهر.

ألاترى أنهم إنما مَلَكَوا علينا حين حازوه في دارهم،لانقطاع حقوقنا عن تلك الأموال،وكذلك نحن مَلَكْنَا عليهم لهذه العلة.

وأما الحربي المُسْتأمَن،فإنه تجوز له الوصية،لأنه في دارنا محقون الدم بالأمان،كما تجوز هِبَتُنا له،ومبايَعَتُنا إياه.

مسألة: [لا وصية لقاتل]

قال:(ولا وصية لقاتِل من المقتول)،وذلك لأنه حين مُنِعَ الميراث لأجل قتله إياه،تعظيماً لجُرْمِه،وهو القتل،وكان معلوماً أن الميراث آكدُ من الوصية،فالوصية أحرى أن تكون ممنوعة.

---

(١) تقدم ص/ ٣١٩،حاشية (٢).
(٢) المغني ٦/٤١٤.
(٣) تقدم ص/١٦٠، حاشية(١).

والدليل على أن جهة الميراث آكد من جهة الوصية، أن الميراث يدخل في مِلك الوارث بغير قَبُول. والوصية لا تصح إلا بقَبُول.

وقد حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا الحسين بن علي المَعْمَري قال حدثنا محمد بن مُصْعَب قال حدثنا بَقِيَّة عن مُبَشِّر بن عُبَيْد عن الحجاج عن عاصم عن زيد عن علي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "ليس لقاتلٍ وصية".(١)

وقال أبو جعفر: (فإن أجازها الورثة، جازَت في قول أبي حنيفة ومحمد، كما لو أجازوا الوصيةَ للوارث جازت. وقال أبو يوسف: لا تجوز لقاتل وصية، وإن أجازها الورثة)

وذلك لأن جَعْلَ حرمان ميراثه ووصيته، عقوبةٌ له على قتله، لا لأجل حق الورثة، فلا تأثير لإجازة الورثة فيها.

وأما الوارث فإنما مُنِعَ الوصية، لأنه قد استحق الميراث، فلا يجوز تفضيله على سائر الورثة، على ما سمي له من الميراث، لدخول النقص والضرر عليهم ممَّن قد شاركهم في ميراثهم، فإن أجازَتْها الورثة جازت، لأن ذلك كان حقاً لهم، فَرَضُوا بإسقاطه.

مسألة: [الوصية بأكثر من الثلث]

قال أبو جعفر: (ومَن أوصى بأكثر مِن ثُلُثِه، فأجاز ذلك له ورثتُه في حال حياته، كان لهم أن يرجِعُوا عن ذلك بعد وفاتِه)

---

(١) سنن الدار قطني ٢٣٧/٤ وقال: مبشر بن عبيد متروك الحديث، يضع الحديث. سنن البيهقي ٢٨١/٦ وقال: تفرد به مبشر بن عبيد الحمصي، وهو منسوب الى وضع الحديث، وانما ذكرت هذا الحديث لتعرف روايته. اهـ. قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ٩٢/٣ "اسناده ضعيف جدا. قاله عبد الحق وابن الجوزي.. مداره على مبشر بن عبيد، وقد اتهموه بوضع الحديث. اهـ.
وفي مجمع الزوائد ٢١٤/٤ قال "رواه الطبراني في الأوسط، وفيه بقية، وهو مدلس" اهـ. قال العلامة الشيخ ظفر أحمد العثماني في اعلاء السنن ٣٠٩/١٨ بعد أن ذكر كلام الهيثمي "والظاهر سلامة الطريق من مبشر بن عبيد، والا لصاح به الهيثمي أولا، فانه أضعف من بقية بدرجات، ولم ينقم على بقية الا التدليس، وأيضا بقية قد صرح بالتحديث عن مبشر بن عبيد عند البيهقي وغيره، وبذلك تزول علة التدليس، فالظاهر أنه روى ذلك عن غير مبشر أيضا، ولم يصرح بالتحديث عنه فليس المدار على مبشر وحده، بل للحديث طريق غير طريقه. اهـ.

وذلك لأنهم أجازوا ماليس بحقٍ لهم في الحال،ولا يملكونه، فلا تعمل إجازتهم،كمَن سلَّمَ الشفعة قبل عقد البيع،ومَن أبطل الخيارقَبل البيع،وأبرأ مِن العيب قبل العَقد،وبمنزلة الأمة إذا اختارتْ زوجَها قبل العِتق،فلا يصح شيء من ذلك،كذلك ماوصفنا.

مسألة: [تفضيل عدم الوصية لمَن كان له مال قليل]

قال: (والافضل لمَن كان له مال قليل،وله ورثة أن لا يوصي فيه بشيء،وأن يُبْقِيَه ميراثاً للورثة)،وذلك لما حدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا عثمان بن أبي شيبة وابن أبي خَلَف قالا حدثنا سفيان عن الزهري عن عامر بن سعد عن أبيه قال مَرِضَ(١) مرضاً شديداً-قال ابن أبي خلف:بمكة ثم [اتفقا](٢)-أشْفَى(٣) منه،فعَادَه رسولُ الله صلى الله عليه وسلم،فقال يارسول الله: إنَّ لي مالاً كثيراً،وليس يرثني إلاابنة لي،أفأتَصَدَّقُ بالثُلُثَيْن؟ قال:لا،قال:الثلث،والثلث كثير،إنك إن تَتْرُكْ ورثَتَكَ أغنياء،خير مِن أن تدَعَهم عالَةً يتكففون(٤) الناس،وإنك لن تُنفق نفقةً إلا أُجِرْتَ فيها،حتى اللُّقْمَةَ ترفعها إلى فَمِ امرأتك،قلت:يارسول الله: أتخلَّفُ عن هِجرتي،قال:أنْ تخلَّف(٥) بعدي،وتعمل عملاً تريد به وجهَ الله،لا تزداد به إلا رِفْعَةً ودَرَجة،لعلك أن تَخلَّف حتى ينتفعَ بك أقوام،ويُضَرَّ بك آخرون،قال:اللهم أمضِ لأصحابي هجرتَهم،

---

(١) أي مرض أبوه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.
(٢) بياض في الأصل،وأثبت ما هو في سنن أبي داود ٢٨٤/٣، والمعنى: أي اتفق ابن أبي خلف وعثمان بن أبي شيبة راويي الحديث أن ذلك كان بمكة.
(٣) أي قارب وأشرف على الهلاك،كما في النهاية ٤٨٩/٢،معالم السنن للخطابي ١٤٥/٤(.
(٤) أي يمدون أكفهم اليهم يسألونهم اهـ.كما في النهاية ١٩٠/٤.
(٥) "وقول سعد: أتخلف عن هجرتي،عنى به أنه يموت بمكة،وهي داره التي هاجر منها الى المدينة،وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المهاجرين أن يقيموا بعد النفر أكثر من ثلاث -وكان ذلك في حجة الوداع- فأخبره النبي صلى الله عليه وسلم أنه يتخلف بعده حتى ينفع الله به أقواما،ويض به آخرين، وكذلك كان،فانه بقي بعده صلى الله عليه وسلم،وفتح الله على يده بلاد العجم،وأزال به ملك الاكاسرة،وذلك من علوم الغيب الذي لا يعلمه غير الله تعالى"اهـ من كلام الجصاص في أحكام القرآن ٩٧/٢.

ولا تردَّهم على أعقابهم ،لكن البائس سعدُ بن خولة ،يَرْثي له (١) رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أنْ ماتَ بمكة" (٢)

فدلَّ هذا الخبر من وجهَيْن على ما قلنا . أحدهما :قوله "الثلث، والثلث كثير"وروى أبو عبد الرحمن السُّلَمي عن سعد عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو هذه القصة في أمر الوصية وقال: "الثلث،والثلث كثير"قال أبو عبد الرحمن:فمِن ثَمَّ كانوا يستحبّون أن يَدَعُوا من الثلث. (٣)

والثاني:قوله "إن تترك ورثتك أغنياء خيرٌ/مِن أن تَدَعَهم عالةً يتكففون الناس. ١٤٨/

ويدل عليه أيضا ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم "إنما الصدقة عن ظَهْر غِنَى،وابْدَأ بمَن تَعُول" (٤)

فإذا كان أهلُه محتاجين فالبَدْءُ بهم بإيصال المال إليهم أفضل مِن الصدقة به على الأجانب.

ويدل عليه أيضا حديث عبد الله بن عَمْرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"كَفَى بالمَرْءِ إثماً أن يضيِّعَ مَن يُقوت" (٥)(٦)

مسألة : [استحباب الوصية لمن كان له مال كثير]

قال أبو جعفر:(والأفضل لمَن كان له مال كثير، الوصية بما لايتجاوزُ الثلث،مما لا معصية فيه)

---

(١) حيث مات سعد بن خولة في مكة وهو من المهاجرين فتمنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا يموت سعد بن أبي وقاص كما مات ابن خولة ،ينظر معالم السنن ١٤٨/٤.

(٢) هذه رواية أبي داود في سننه ، الوصايا ،باب ماجاء فيما لايجوز للموصي في ماله ٢٨٤/٣،وقد تقدم ص/٣١٩،حاشية (٢) وأنه مخرج في الصحيحين.

(٣) ذكر هذه الرواية المصنف أيضا في أحكام القرآن ٩٧/٢، والرواية هي في سنن النسائي ٢٤٣/٦ من كتاب الوصية ولكن ليس فيها قول أبي عبد الرحمن السلمي نفسه.

(٤) هذا لفظ الامام أحمد في المسند ٥٠١/٢ وأخرجه البخاري في صحيحه ، الزكاة ،باب لا صدقة الا عن ظهر غنى ٢٩٤/٣ بلفظ"خير الصدقة ماكان عن ظهر غنى،وابدأ بمن تعول".

(٥) "يريد من يلزمه قوته ،والمعنى:كأنه قال للمتصدق:لاتتصدق بما لا فضل فيه عن قوت أهلك،تطلب به الأجر،فينقلب ذلك اثما اذا أنت ضيعتهم"اهـ.من كلام الخطابي في معالم السنن ٦١/٢.

(٦) سنن أبي داود ، الزكاة ،باب في صلة الرحم ٣٢١/٢ وسكت عنه وعزاه المنذري في المختصر ٦١/٢ للنسائي ولعله في الكبرى.
وأخرج مسلم في صحيحه ، الزكاة ،باب فضل النفقة على العيال ٦٩٢/٢ بلفظ"كفى بالمرء اثما أن يحبس عمن يملك قوته".

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر "ما حقّ امرىءٍ مسلمٍ يبيتُ ليلتَيْن،وله ما يوصي فيه، إلا ووصيته مكتوبة عنده"(١)

فحَمَلْنَا ذلك على الغنى وكثرة المال،لأن حديث سعدٍ قد دلّ على أن الأفضل ترك الوصية إذا لم يكن الورثة أغنياء.

ويدل عليه أيضا حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم "إنَّ اللهَ جَعَلَ لكم ثلثَ أموالكم في آخِرِ أعماركم،زيادةً في أعمالكم"(٢)

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا أبو عبد الله عُبَيْد الله بن حاتم(٣) العِجْلي قال حدثني عبد الأعلى بن واصل قال حدثنا إسماعيل بن صَبِيْح قال حدثنا مبارك بن حسّان قال حدثنا نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:

"يا ابنَ آدم اثنَتَان:ليست لك واحدة منهما:جعلتُ لكَ نصيباً مِن مالِك حين أخذتُ بِكَظَمِك(٤)،لأُطهِّرك وأُزكّيك،وصلاةُ عبادي عليك بعد انْقِضاءِ أَجلِك"(٥)

فهذه الأخبار تدلّ على استحباب الوصية لمَن كان ذا مالٍ كثير.

مسألة: [إجازة بعض الورثة للوصية بأكثر مِن الثلث]

قال:(ومَن أوصى بأكثر مِن ثلثه لأجنبي،فأجاز ذلك بعضُ ورثته بعد موته،ولم يُجِزْ بقيتُهم،جاز له من ذلك الثلث مِن مال الموصِي،وكان له مِن نصيب مَن أجاز له،ما كان يرجع إليه،لو لم يُجِزْ له،ولم يَجُزْ له ما سوى ذلك)

---

(١) تقدم ص/٥٢٦،حاشية (٥).
(٢) تقدم ص/٣١٩،حاشية (١).
(٣) في الأصل (عبيد بن حاكم)،وقد جاء في المطبوع من أحكام القرآن ٩٧/٢ الحديث نفسه بالسند نفسه،وفيه (عبيد الله بن حاتم).
(٤) الكظم محركة: الحلق أو الفم أو مخرج النفس،كما في القاموس المحيط (كظم)
(٥) سنن ابن ماجه،الوصايا،باب الوصية بالثلث ٩٠٤/٢،قال البوصيري في الزوائد:في اسناده مقال.

وذلك لأنه يستحق الثلث بغير إجازة، وما زاد عليه فهو موصًى به، ومِن كلٍّ واحدٍ مِن الورثة بقسطه، وإجازته نافذة في نصيبه، غير جائزة في نصيب الآخرين.

مسألة: [حكم موت الموصَى له قبل الموصِي]

قال: (وإذا أوصى لرجلٍ، ثم ماتَ الموصَى له قبل الموصِي، بَطَلَت وصيته)

لأن صحة الوصية متعلِّقة بموت الموصِي، ألا ترى أن الموصِي له أن يرجعَ في وصيته، ويتصرَّف فيما أوصَى به بسائر وجوه التصرُّف (١)، فلما كان كذلك، وكان الموصَى له ميتاً قبل موت الموصِي، لم تصح له وصيته.

قال: [حكم موت الموصَى له بعد الموصِي قبل أن يقبَل الوصية]

(وإن ماتَ بعد موت الموصِي، قبلَ أن يَقْبَل الوصية، كانت له الوصية)

وذلك لأن الوصية قد تمَّتْ مِن جهة الموصِي، وانقطَعَ حقُّه عن ماله، وبقِيَ موقوفاً على الموصَى له، فأشبه المشتري إذا اشترى على أنه بالخيار.

قلنا: إن حق البيِّع لمَا انقطع، بقِيَ موقوفاً على المشتري (٢)، [و] (٣) كان موتُ المشتري مسقِطاً لخياره، ومتمِّماً للشراء، كذلك الموصَى له، لمَّا كانت الوصية موقوفة عليه مع انقطاع حق سائر الناس عنه، وَجَبَ أن يكون موتُه متمِّماً للوصية.

مسألة: [جهالة قَدْر الوصية]

قال: (ومَنْ أوصَى لرجلٍ بحظٍ مِن ماله، أو بشيءٍ مِن ماله، أعطاه الورثةُ ما شاؤوا)

وذلك لأن هذا الاسم لا يختص بمقدارٍ معلوم، بل يقع على

---

(١) في الأصل (ألا ترى أن الموصي الميت له أن يرجع غنيا ويتصرف فيما أوصى به ...).
(٢) أي بقي البيع موقوفا على المشتري، لأن له الخيار، والله أعلم.
(٣) ساقطة من الأصل.

القليل والكثير،وهو شيء مستَحَقّ من مال الورثة،فكان الخيار إليهم،في أن يعطوه ماشاؤوا،كرجلٍ أقرَّ لرجلٍ بشيء،فيكون القول [قوله](١)في مقداره،وذلك لأنّا لا نتيَقَّن أنه مستَحِق لأكثر مما بيّنه المُقِر،والأصل في جميع ذلك،أنا لا نلزم المُقِرّ إلا ما تيَقّنّا دخولَه في إقراره،ولا يثبت من الوصية إلا ما تيقنا ثبوتَه،لأن الأصل أنه غير ثابت،حتى نعلَم ثبوته.

مسألة: [أوصَى لرجلٍ بسهمٍ مِن ماله]

قال أبو جعفر:(ولو اوصى لرجلٍ بسهمٍ مِن ماله،فله مثلُ أقلِّ نصيبِ أحدِ الورثة،إلا أن يزيد على السُّدُس،فلا يكون له أكثر من السدس في قول أبي حنيفة/،وقال أبو يوسف ومحمد:له مثل أخسِّ ١٤٩/
سهام الورثة في هذه الوجوه كلِّها،مالم يجاوزها الثلث،فيجوز منه الثلث،ولم يجز ما زاد)

قال أحمد:اسم السَّهْم يتناول نصيبَ كلِّ واحدٍ مِن الورثة،لأنك تقول:لفلان سَهْمٌ مِن كذا،وكذا سهماً،فإذا كان كذلك،أُعطيَ مثلَ نصيب أحدِهم،ولم يجاوِزْ به أبو حنيفة السُّدس،لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا موسى بن سهل بن عبد الحميد بالبَصْرة قال حدثنا سُهَيل بن إبراهيم الجَارُودي(٢) قال حدثنا أبو بَكر الحنفي قال حدثنا العَرْزَمي عن أبي قيس عن هُزَيل(٣) بن شرحبيل"عن عبد الله بن مسعود أن رجلاً جَعَلَ لرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سهماً من ماله،ولم يَدْرِ ماهو،فرفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم،فَجَعَلَ له السدس من ماله"(٤)

---

(١) ساقطة من الأصل.
(٢) في الأصل (الجاوردي)،والتصويب من لسان الميزان ١٢٤/٣.
(٣) في الأصل(هذيل)،والتصويب من تقريب التهذيب ص/٥٧٢(٧٢٨٣)
(٤) "أخرجه البزار في مسنده،والطبراني في معجمه الوسط عن محمد بن عبيد الله العزرمي عن أبي قيس...وقال:حديث لانعلمه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم الا من هذا الوجه،وأبو قيس:ليس بالقوي..وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة البزار وقال:العزرمي:متروك"اهـ كما في نصب الراية ٤٠٧/٤-٤٠٨.

وروي نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود مِن قوله.وروي عن إياس بن معاوية(١) أن السهمَ(٢) في كلام العرب السدس(٣).

وأيضا فلو كان اسم السهم يقع على أكثر من السدس،وعلى السدس،كان النَّظَرُ يوجِبُ الثاني(٤)،لأنه مُتَيَقَّن،وماعداه مشكوكٌ فيه،فلا نثبته بالشك.

(وفي قولِهما مثل نصيب أخسّ(٥) الورثة)،لأنه يسمى سهماً،إلا أن يزيد على الثلث،فلا يُعطى أكثر منه،لأن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث.

مسألة: [حكم ما إذا أوصى بمِثل نصيب ابنِه،وليس غيرُه وارث]

قال أبو جعفر:(ومَن أوصى لرجلٍ بمِثلِ نصيب ابنِه،وليس له وارثٌ غير ابنٍ،فهذه وصية بنصفِ المال،فإن أجاز الورثة أَخَذَ،وإلا فله الثلث)

وذلك لأن مِثل النصيب،ينبغي أن يكون مساوياً للنصيب،فيأخذ نصيباً،ويزيد عليه مِثلَه(٦)،فيكون هو الوصية،وذلك نصف المال.

وليس هذا كوصيةٍ بنصيبِ الابن،فلا يجوز،لأن نصيب الابنِ هو ميراثُه ومِلكُه،فلا تجوز الوصية به.

قال: [حكم ما إذا أوصى بنصيب ابنٍ،ولا ابنَ له]

(ولو أوصى له بنصيبِ ابنٍ،ولا ابنَ له،كان له بحق الوصية،مثل الذي كان يكون للابن،لو كان له،مِن تركته)وذلك لأن معنى ذلك:نصيب ابنٍ لو كان،فليس ذلك وصية بالميراث،وكذلك لو أوصى بنصيب ابنٍ لو كان.

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة ١١/١٧١.
(٢) قاضي البصرة،العلامة،كان يضرب به المثل في الذكاء والدهاء والسؤدد والعقل،ثقة من التابعين،توفي رحمه الله سنة/١٢٢هـ وقيل/١٢١هـ،له ترجمة في سير النبلاء ٥/١٥٥،تقريب التهذيب ص/١١٧(٥٩٢).
(٣) مصنف ابن أبي شيبة ١١/١٧٢.
(٤) في الأصل (الأول).
(٥) في الأصل (أحد).وقد تقدم في أول المسألة (أخس)،وكذلك في المختصر ص/١٥٧.
(٦) أي يبقى بعد النصيب المثل،وهو الوصية،وهو نصف المال والله أعلم.

مسألة: [حكم إذا أوصى لرجل برُبُع ماله، ولآخَر بنصفه]

قال: (ومَن أوصَىٰ لرجلٍ برُبُعِ ماله، ولآخَر بنصفه، وأجازَتِ الورثةُ أخَذا وصيَّتَهُما)(١)

وذلك لأن المال يتَّسِعُ لهما، وقد أجازَتْه الورثة، لأن الوصيَّتَيْن صحيحتان، وإنما لم يكن تنفيذُهما إلا من الثلث، لحق الورثة، فإذا أجازَتْها الورثةُ نَفَذَت.

(وإن لم يجيزوا، كان الثلثُ بينهما على سُبْعة، في قول أبي حنيفة، لأن الموصَى له بالنصف يَضْرِب بالثلث، أربعةً مِن اثنَيْ عشر، والموصَى [له](٢) بالرُّبُع، يَضرِب بثلاثة من اثْنَيْ عشر)، وإنما لم يضرب صاحبُ النصف بما زاد على الثلث، مِن قِبَل أن ما زاد عليه، فهو نصيب الوارث، ولا تجوز الوصية بمال الوارث، ولا يضرِب الموصَى له بما لا تصح الوصية.

وقد بيَّنَّا هذه المسألة ونظائِرها، في غير هذا الموضع من الكتاب(٣).

(وفي قول أبي يوسف [ومحمد](٤): يضربُ كلُّ واحد بجميعِ وصيته في الثلث، فيكون الثلث بينهما على ثلاثة)(٥)

وجَعَلَاه(٦) كالقول في الفرائض، وفرَّق أبو حنيفة بينهما، من قِبَل أن سِهَامَهم صحيحة قد استحقوها، فيضاربون بها.

وأما الوصية بأكثر من الثلث، فليست بصحيحة، لأنه حق الوارث، فلذلك لم يضرب.

مسألة: [حكم الوصية بما جاوَزَ الثلث في الدراهم المرسَلة]

قال أبو جعفر: (ولايَضْرِب في قول أبي حنيفة أحدٌ ممَّن أُوصِيَ له

---

(١) في الأصل (أخذ).
(٢) ساقطة من الأصل، وهي ثابتة في المختصر ص/١٥٨، ويقتضيها السياق.
(٣) لم أقف عليه.
(٤) ساقطة من الأصل، وهي مثبتة في المختصر المطبوع ص/١٥٨، وسيأتي بعد سطر قوله "وجعلاه" بالتثنية أي أبو يوسف ومحمد.
(٥) لصاحب النصف اثنان، ولصاحب الربع منه سهم، كما في المختصر ص/١٥٨.
(٦) أي كل واحد منهما يأخذ حصته على قدر سهامه التي أوصي له بها، كما يأخذ سهامه في الفرائض كاملة، أما أبو حنيفة رحمه الله فقد أسقط لمن أوصي له بالنصف ما زاد من نصيبه على الثلث. والله أعلم.

بشيءٍ ما جاوز الثلث منه، إلا بالدراهم المرسَلة(١)، وبقيمة نفسه، إن كان معتَقاً في المرض، أو موصًى(٢) بعتقه، وبمُحاباةٍ(٣) في البيع)

قال أحمد: ذَكَرَ أبو جعفر الدراهمَ المرسَلة، والمال المرسَل كله، بمنزلة الدراهم، مثلُ عشرة أثواب، وأربعين شاة، ونحو ذلك.

وفرَّق بين هذه الوصايا، وبين الوصية بجميع المال، وذلك لأن/ ١٥٠/ ما زاد على الثلث إلى النصف، أو الجميع، فهو نصيب الوارث، فلا تصح له المضاربة بها، وأما الوصية بالمال المرسَل، فليست وصية بمال الوارث.

ألا ترى أن ذلك قد يجوز أن يخرج من الثلث(٤)، فلا يكون للوارث فيه حق، وكذلك يَضرِب برقبته في العِتق في المرض، وفي الوصية بالعتق، لأن حق الوارث ساقط عن الرقبة عن العتق، وصار إنما يضرب بقيمتها، والقيمة بمنزلة الدراهم المرسَلة، فيضرِبُ بها.

---

(١) "المال المرسَل يعني المطلق، غير المقيد بصفة الثلث أو الربع"، كما في المغرب ٣٢٩/١، وذلك "كأن يوصي لزيد بعشرين، ولعمرو بأربعين، وهما ثلثا ماله، فالثلث بينهما أثلاثا، لزيد عشرة، ولعمرو عشرون" كما في اللباب للميداني ١٧٤/٤.

(٢) وصورة ذلك "أن يوصي بعتق عبدين، قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولا مال له غيرهما، ان أجازت الورثة، عتقا جميعا، وان لم يجيزوا، فانهما يعتقان من الثلث، وثلث ماله ألف، يكون بينهما على قدر وصيتهما أثلاثا، فالثلث للذي قيمته ألف، ويسعى في الباقي، والثلثان للآخر، ويسعى في الباقي، وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

ولو كان كسائر الوصايا، وجب أن يسعى الذي قيمته ألف في خمسمائة، نصف قيمته، والذي قيمته ألفان، في ألف وخمسمائة، ثلاثة أرباع قيمته، لأن القياس أن لا يضرب بما زاد على الثلث، وهو ألف، فيكون بينهما نصفين" اهـ كما في الجوهرة النيرة ٣٩٦/٢ وقد أطلت في هذا النقل، والذي يليه، لبيان المراد.

(٣) حاباه، محاباة، سامحه، مأخوذة من حبوته اذا أعطيته، كما في المصباح المنير (حبا).

"وصورة المحاباة: اذا كان له عبدان، قيمة أحدهما ألف ومائة، وقيمة الآخر ستمائة، وأوصى أن يباع أحدهما بمائة لفلان، والآخر بمائة لفلان، فهنا قد حصلت المحاباة لأحدهما بألف، وللآخر بخمسمائة، وذلك كله وصية، لأنه في حالة المرض، فان خرج ذلك من الثلث جاز، وان لم يخرج بأن لم يكن له مال غير هذين العبدين ولم يجز الورثة، فان محاباتهما تجوز بمقدار الثلث، ويكون الثلث بينهما أثلاثا، على قدر وصيتهما، أحدهما يضرب فيه بألف، والآخر بخمسمائة.

فلو كان كسائر الوصايا على قياس قول أبي حنيفة وجب أن لايضرب الموصى له بالألف بأكثر من الثلث" اهـ كما في الجوهرة النيرة ٣٩٥/٢-٣٩٦.

(٤) أي اذا اتسع الثلث لما نص عليه في الوصية من عشرين أو أربعين أو نحو ذلك.

وكذلك المحاباة في البيع،لأنه وصية بالثمن،لأن الورثة لاحقَّ لهم في أعيان التَّرِكَة،إلا أنه لو تَرَكَ عبداً واحداً،وأوْصَىٰ ببيعه مِن فلان بمثل قيمته،جازت الوصية بالبيع،وإن لم يكن للورثة أن يمنعوا منه،فلما لم يكن لهم في عين الرقبة الموصَى ببيعها حق،وكانت وصية صاحب المحاباة إنما هي بالثمن،صار بمنزلة الوصية بالدراهم المرسَلة.

(وفي قول أبي يوسف ومحمد:يضرِب أصحابُ الوصايا بوصاياهم كلها)(١)،كقول الفرائض.

مسألة: [حكم الوصية بالحَمْل وللحَمْل]

قال أبو جعفر:(والوصية بالحَمْل،وللحمل،جائزة.إذا عُلِمَ أنه كان حَمْلاً يوم الوصية)(٢)،وذلك لأن الوصية بالمجاهيل جائزة،ألا ترى أنه لو أوصَى له بثلث ماله،جازت مع جهالة مقدار ماله وقتَ الموت.

ويدخل فيه ما يُسْتَحدث ملكه إلى وقت الموت،وهو مجهول، فكذلك الوصية بالحمل.

ولأنها تتعلق على الأخطار أيضاً،ألا ترى أنها تنتظم مايستفيده بعد الوصية إلى وقت الموت،فلما تعلَّقت على الأخطار جازَت بالمجاهيل،وبالحَمْل،ومن حيث تعلَّقت على الأخطار جازت للحَمْل أيضا.

وكما جاز أن يوصِيَ لغائب،ويكون بعد الموت موقوفاً على قَبُوله،وكما يوصي لزيدٍ إن خرج إلى مكة،ونحو ذلك.

وأيضا كما جاز أن يثبت الميراث للحَمْل،جازت الوصية له، لأنهما جميعاً يتعلقان بالموت،وصحة الميراث في الحَمْل،يدل على صحة الوصية به أيضا.

---

(١) وبذلك يوافق الصاحبان أبا حنيفة رحمهم الله في هذه المسائل الدراهم المرسلة،والمحاباة،والسعاية،حيث يقولون اتفاقا بأنه يضرب بجميع وصيته،كما بين هذا الاسبيجابي في شرحه على مختصر الطحاوي ٢/لوحة/٥٣.

(٢) "كأن وضع لأقل من ستة أشهر،من يوم الوصية،لو زوج الحامل حيا"كما في اللباب ٤/١٨٢.

مسألة: [حكم ما إذا أوصى لرجل بأَمَةٍ،ثم أوصى بها لآخر]

قال أبو جعفر: (وإذا أوصى بأَمَةٍ لرجل،ثم أوصى بها لآخر، كانت بينهما نصفَين)،وذلك لأنه ليس تمتنع الوصيتان جميعاً لهما، على جهة الاشتراك فيها،وليس في اللفظ دلالة على الرجوع عن الأول.

ألا ترى أنه لو أوصَى لرجل بثلث ماله؛ثم أوصى لآخر بثلث ماله؛جازت الوصيتان جميعاً،ولم تكن الثانية رجوعاً عن الأولى، وإن لم يملك إلا ثلثا واحداً.

قال: (ولو قال: الأَمَةُ التي كنتُ أوصيتُ بها لفلان،فقد أوصيتُ بها لفلان،كان رجوعاً عن الأولى،وإثباتاً للثانية)،وذلك لأنه لما ذَكَرها في لفظ،واستأنَفَ ذِكْرَها للثانية بالفاء،دلَّ على الرجوع.هكذا يقتضيه ظاهر هذا اللفظ.

وليس هذا بمنزلة قوله "وقد أوصيتُ بها لفلان"،فتكون بينهما نصفَين،لأن الواو للجمع،فصار كأنه قال:هي لهما جميعاً.

مسألة: [تصرّف الموصِي فيما أوصَى به ببيعٍ ونحوه]

قال أبو جعفر: (وإذا أوصَى بأَمَةٍ لرجل،ثم باعَها، أو تصدَّق بها، أو أخرجها عن مِلكه،بوجهٍ من الوجوه، أو كانت حِنطةً فطَحَنَها فهذا رجوعٌ عن الوصية)،وذلك لأنه قد فعل ما لا يصح معه بقاء الوصية،لأن حصولَها في ملك الغير بالبيع والهبة،وكونها مكاتَبةً يمنع صحّة الوصية بها،فلا فرق بين أن يقول:قد رجعتُ عن الوصية،وبين أن يفعل مالا يصح إلا مع الرجوع.

ألا ترى أن المشتري،إذا كان بالخيار،لم يختلف حكم قوله: قد أجزتُ البيعَ،وبين أن يفعل ما لا يصح إلا مع الاختيار،في باب لزوم الشراء،مثل الوطء،والبيع،وكذلك الزوج إذا طلّق امرأته رَجْعِيّاً فلا فرق بين قوله:قَدْ راجعتُها،وبين أن يفعل ما لايصح إلا /مع الرجعة،مثل الوطء،واللَّمْس،والقُبْلة للشهوة. /١٥١

والأصل في ذلك كله ماحدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا أحمد بن يحيى الأَحْوَل الحُلْواني قال حدثنا محمد بن الحَكَم

أبو عَمْرو الشَّهْرَزُوري قال حدثنا محمد بن سَلَمة عن محمد بن إسحاق عن هشام بن عروة عن أبيه "عن عائشة أن النبي صلى الله عليه قال لبَرِيرَة (١): إن قَرَّبَكِ، فلا خيار لك (٢)"، وفي بعض الألفاظ "إن وطئك، فلا خيار لك" (٣)

فجَعَلَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم رضاها بالوطء، ومطاوَعَتَها إياه عليه، بمنزلة قولها: قد اخترتُكَ، فكذلك ما وصفنا.

*** وأما الحِنطة إذا طَحَنَها، فإنما بَطَلَت الوصية فيها، لأن صحة الوصية متعلِّقة بالموت، فإن لم تكن الحنطة موجودةً وقت الموت، لم تصح الوصية.

وكذلك سائر الأفعال الحادثة في الموصَى به (٤)، إذا أزالت الاسم وعُظْم المنافع.

ألا ترى أن الغاصب يستحقه على المالك بإحداث هذه الأفعال فيه، ويُبْطِلُ حقَّه عنه، فحقُّ الموصَى له أولى بأن يَبْطُلَ عنه بإحداث هذه الأفعال فيه.

مثل أن يوصيَ بهذا الكُفُرَّى (٥)، الذي في هذا النَّخْل لفلان، فيصير بُسْراً (٦)، قبل أن يموت الموصي، أو يوصيَ بهذا البَيْض لفلان، فتحضُنه دجاجة، ويخرج منه فراريخ، فإن الوصية تبطل في جميع هذه الوجوه، لزوال اسم ما تعلَّقت عليه الوصية، مع عُظْم منافعه.

قال أحمد: قال محمد في الزيادات: "لو قال أوصيتُ بهذا

---

(١) في الأصل (لبريدة)، والتصويب من سنن أبي داود ٢/٦٧٣.
(٢) سنن أبي داود، الطلاق، باب حتى متى يكون لها الخيار ٢/٦٧٣ وسكت عنه، قال ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢/٣٧٧ وفيها عنعنة ابن اسحاق. اهـ. وقد ذكر الحديث البيهقي في سننه ٧/٢٢٥، والزيلعي في النصب ٣/٢٠٧، وابن حجر في الفتح ٩/٤١٣ ولم يتكلموا عليه بشيء، بل قال ابن حجر "روى مالك بسند صحيح عن حفصة أنها أفتت بذلك، وأخرج سعيد بن منصور عن ابن عمر مثله، قال ابن عبد البر: لا أعلم لهما مخالفا من الصحابة، وقال به جمع من التابعين اهـ.
(٣) سنن البيهقي ٧/٢٢٥ وذكر له أحاديث أخرى تشهد له.
(٤) في الأصل (له).
(٥) الكفرى: بضم الكاف، وفتح الفاء، وتشديد الراء: كم النخل، لأنه يستر ما في جوفه، كما في المغرب ٢/٢٢٥، وفي مختار الصحاح (كفر) "الكافور: الطلع، وقيل وعاء الطلع، وكذا الكفرى" اهـ.
(٦) البسر: أوله طلع، ثم خلال بالفتح، ثم بلح بفتحتين، ثم بسر، ثم رطب، ثم تمر، كما في مختار الصحاح (بسر).

الرُّطَب لفلان،فصار تمراً قبل أن يموت الموصي،كانت الوصية باطلةً ولكني أستحسن أن أخيِّر هذا .

قال:ولو قال أوصيتُ بهذا العِنَب لفلان،فصار زَبيباً قبل أن يموت الموصي،كانت الوصية باطلاً،قال: ألا ترى أن رجلاً لو غصب رجلا عِنَبَاً ،فجعله زَبيباً ،لم يكن لصاحبه عليه سبيل،وأَخَذَ منه عِنَباً مثله ،أو قيمتَه إن لم يوجد مثله .

ولو غصب رطباً ،فجعله تمراً ،كان صاحب الرُّطب بالخيار،إن شاء أَخَذَ التمر،وإن شاء ضَمَّنَه مثل رُطبه .

قال أحمد :ففرَّق بينهما في الوصية ،مِن حيث افترَقا في الغصب مِن قِبَل أن زوال عُظْم منافع العين،يقطع حقَّ المغصوب منه في أخذه ،على حسب ما بيَّنَّا في مسائل الغصب.(١)

والأصل فيه حديث النبي صلى الله عليه وسلم في قِصَّة الشاة المشويَّة : أطعِمُوها الأسرى،وكانت غصباً ،وإذا كان هذا الأصل صحيحاً(٢) قلنا في مسألة الرُّطَب إذا صار تَمْراً في يد الغاصب،إن حق صاحبه قائم في أخذه ،مِن قِبَل أن عُظْمَ منافع الرُّطَب قائم في التمر،مِن كون الدِّبْس،والخَلّ،والنبيذ منه ،كما يكون من الرُّطب.

وأما العِنَب إذا صار زبيباً،فقد زال به عُظْم منافعه ،فانقطع حق صاحبه عنه .

مسألة : [حكم تصرّف المريض مرضَ الموت]

قال: (وتصرّف المريض إذا اتَّصل به الموت بمنزلة الوصية فيما يُعتبر فيه الثلث)

وذلك"لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسعدِ بن أبي وقَّاص حين قال: أتصدَّق بجميع مالي؟فقال:لا، إلى أن ردَّه إلى الثلث"(٣)

"وجعَلَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم عِتقَ الذي أعتق ستةَ أعبدٍ له في مرضه ،من الثلث"(٤)

---

(١) ص/٣٣٩.
(٢) تقدم ص/٣٣٩،حاشية (٢) .
(٣) تقدم ص/٣١٩،حاشية (٢) .
(٤) صحيح مسلم ، الايمان،باب من أعتق شركا له في عبد ١٢٨٨/٣.

وفي حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه "إنَّ الله جَعَلَ لكم ثُلُثَ أموالكم في آخِرِ أعمارِكم،زيادةً في أعمالكم" (١)

فَجَعَلَ تصرُّفَه في ماله ،في المرض من الثلث.

وفي حديث"ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم يقول الله تعالى:يا ابنَ آدم :اثنتان ليستْ لك،واحدةٌ منهما ،جعلتُ لك نصيباً من مالِك حين أخذتُ بكَظَمِكَ لأطهِّرَك وأُزَكيَك،وصلاةَ عبادي عليك بعد انقضاء أجَلِك" (٢)

فأخبَرَ أنَّ الذي له مِن ماله في المرض،نصيبٌ منه دونَ جميعه .

وقال أبو بكر الصديق في مرضه الذي مات فيه لعائشة : إني كنتُ نحلتُك جَدَاد عشرين وسْقاً بالعَالية ،وإنكِ لم تكوني حُزْتِيه ، ولا قَبَضْتِيه ،وإنما هو مال الوارث" (٣)

فأضاف المالَ إلى الوارث،وأبان أن هبتَه في المرض لوارثه غيرُ جائزة ،وذلك بحضرةِ الصحابةِمِن غير نكيرٍمِن أحدٍمِن السلف عليه. وفيه الدلالة من وجهَيْن على ماوصفنا ، أحدهما : أنه لوجازت الهبة في الحال لوَهَبَها ،لقوله :"إن أحبَّ الناسِ إلي غَنَاء أنتِ". (٣)

والثاني:قوله :"إنما هو مال الوارث" (٣) ،فأضافَ المالَ إلى الوارث في حال مرضه ،لثبوت حقه فيه .

١٥٢/ /فصل: [المرض غيرُ المميتِ غالباً،بمنزلة الصحة]

قال:(والمرضُ الذي لا يُخاف فيه الموت،مثل الفَالِج،والسِّلِّ الذي قد تطاول،بمنزلة الصحة)،لأنه ليس الغالب منه خوف الموت.فهو بمنزلة الصحة ،وإن لم يكن أحدٌ مِن الناس على ثقةٍ من الحياة طَرْفَةَ عَيْنٍ،في صحة أو مرض،إلا أنه يُعْتَبَر فيه الغالب مِن أمره في العادة.

(قال:والمرأة إذا ضَرَبَها الطَّلْق،بمنزلة المريض) ،لأن غالبَ حالِها الموت في العادة ،كالمريض المُدْنَف. (٤)

---

(١) تقدم ص/٣١٩،حاشية (١).
(٢) تقدم ص/٥٣١،حاشية (١).
(٣) تقدم ص/٤٣٤،حاشية (٥).
(٤) الدنف محركة : المرض الملازم...وقد دنف المريض،ثقل من المرض المشفي على الموت اهـ،كما في تاج العروس (دنف).

(وكذلك مَن قُدِّمَ للقَتْل في قصاصٍ أو رَجْمٍ).

(قال:فأما عقود المرتد،وتصرفه،فغير جائز في قول أبي (١) حنيفة،إذا قتل أو مات)لأن الرِّدة تُزيلُ مِلكَه،وقد بَيَّنَّا ذلك في (٢) مواضع.

(وقال أبو يوسف:هو كالصحيح)بمنزلة مَن وجب عليه القصاص.

(وقال محمد:هو كالمريض)لأن خوفَ التلف عليه أغلب مِن خوفه على المريض،إذ هو مباح الدم في حال الردة.

مسألة: [أَوْلى الوصايا بالتقديم]

قال:(ومَن أوصى بوصايا في مرضه،وأعتقَ عبيداً له،بُدِئ بالعِتق على سائر الوصايا،إن لم تخرج من الثلث،تَقَدَّم أوتأخر)

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا بِشر بن موسى قال حدثنا أبو عبد الرحمن عن حَيْوَة (٣) قال حدثنا يحيى بن سعيد عن"سعيد بن المسيب قال:مَضَتِ السُّنَّة أَنْ نَبْدَأ بالإعتاق في الوصية" (٤)

وأيضا لما كان العتق مما لا يلحقه الفسخ،وسائر الوصايا يلحقها الفسخ صار العتق آكد منها (٥)،ومتى اجتمع أمران لا يمكن إجازتهما جميعاً،وأحدُهما ينفسخ،والآخر لا ينفسخ،فالذي لاينفسخ أولى بالثبات،وماينفسخ أولى بالبطلان.

ألا ترى أن رجلاً لو أعتق عبدَ رجلٍ،بغير أمره،وباعَه آخرُ، فأجاز الأَمْرَيْن،جازَ العتق،وبَطَلَ البيع.

وكذلك لو وكَّل رجلاً بعتق عبده،وآخرُ ببيعه،فأوقَعَا الأمرَيْن معاً،جاز العتق،وبَطَلَ البيع.

مسألة: [تقديم الوصية بالمُحَابَاة على العِتق]

(قال:ولو أعتقَ وحَابَى في المرض،فإن بَدَأَ بالمحاباة فهي

---

(١) في الأصل (تفرفنه).
(٢) في الأصل (الريادة).
(٣) في الأصل (حمزة)،والتصويب من سنن البيهقي ٢٧٧/٦،تهذيب التهذيب (٢٢٠/١١).
(٤) سنن البيهقي ٢٧٧/٦،ولم يتكلم عليه بشيء.
(٥) في الأصل (منهما).

أولى،وإن بَدَأَ بالعتق تحاصَّا،في قول أبي حنيفة .وقال أبو يوسف ومحمد: العِتق أولى،قَدَّم أو أَخَّر)وذلك إذا لم يَسَعْهُما الثلث.

وجه قول أبي حنيفة أن المحاباة حق الآدمي،قد ثبت بعِوَض، فصارت مثل الذي يُقِرّ به المريض،فيكون أولى مما(١) إذا بَدَأَ بها، إذْ كان مخرجه مخرج المعاوضة، ألا ترى أن مَن أقَرَّ في مرضه بدَيْن كان مصدَّقا على الورثة،وجُعِلَ في الحكم كأنه قد مَلَكَ بَدَلَه،ولولا ذلك لما جاز إقراره إلا مِن الثلث،كذلك المُحَابَاة،لما أشبهت الدَّيْن من هذا الوجه،وَجَبَ أن يُبْدَأ(٢) بها على العتق إذا بَدَأَ بها.

فإن قيل:فالجزء الذي فيه المحاباة،ليس بإزائه عِوَض(٣).

قيل له:هو قد جَعَلَ الثمنَ عوضًا لجميع العبد،وأخرجه مخرج المعاوضة،وكذلك الدَّيْن المُقَرّ به،يجوز أن لا يكون بدلاً من شيء، إلا أنه لما أخرجه مخرج ما فيه عِوَض،كان أولى،فكذلك ما ذكرنا.

فإن قيل:فالعتق لا يلحقه الفسخ،والبيع يلحقه الفسخ.

قيل له: الدَّيْن مما يلحقه الفسخ،ومع ذلك فهو أولى من العتق الذي لا يجوز فسخه.

فإن قيل:لو كانت المحاباة بمنزلة الدَّيْن،لجازت على الورثة،ولم تكن من الثلث،كما أن الدَّين ليس من الثلث.

قيل له: افتراقهما من هذا الوجه،لا يمنع الجمع بينهما في وجوب البَدْء به على العتق.

ألا ترى أن العتق في المرض مِن الثلث،ومع ذلك يُبْدَأ به على الوصية بالمال،لتأكّد حاله.كذلك المحاباة لما تأكَّدت بما وصفنا من شبهها بالدين،من الوجه الذي ذكرنا،وَجَبَ أن يُبْدَأ بها،على العِتق إذا بَدَأ بها.

وأيضا فإن المحاباة لما سَاوَت العتق في باب أن كلَّ واحدٍ منهما قد صَحَّ في المرض،انقطع حق الميت في الرجوع فيها،ثم وجدنا للمحاباة فَضْل مزية من جهة وقوعها على العوض،ومن جهة البَدْء بها،وعَدِمْنَا ذلك في العتق،وَجَبَ أن تكون المحاباة مقدَّمة عليه.

---

(١) في الأصل (مما إذا). (٢) في الأصل (العين).
(٣) في الأصل (عرض).

ألا ترى أن الجميع متفقون(١) على وجوب تقديم العتق على الوصية بالمال،لوقوعه وصحته في حياته،وانقطاع حقه في الرجوع فيه،كذلك المحاباة،لما صار لها من/المزية ما وصفنا، كانت أولى من العتق. /١٥٣

فإن قيل:فالصدقة في المرض لا رجوع فيها،ولم تكن في معنى العتق.

قيل له:يصح الرجوع في الصدقة بعد الموت،إذا لم تخرج من الثلث،ولا يصح [في](٢) المحاباة والعتق.

فإن قيل:المحاباة قد يصح فسخها،والعتق لا يصح فسخه، فالعتق أولى.

قيل له:المحاباة لا يصح فسخها من جهة الميت،ولا من جهة الورثة،لأن للمشتري أن يقول:أنا أزيد في الثمن إلى تمام ثُلُثَي القيمة،فلا يكون لهم سبيل إلى فسخها،وإنما يصح فسخها من جهة المشتري،لا من جهة الميت أو الورثة،وإنما يحتاج إلى [أن](٣)يعتبر ما يصح فسخه من جهة الميت أو الورثة،فيستدل بانقطاع حقهم في الفسخ على تأكّده،فأما وقوع الفسخ من جهة الموصَى له،فلا اعتبار به.

*** وأما إذا بدأ بالعتق،ثم المحاباة فإنهما يتحاصّان،لأن العتق له مزية البَدْء،ووقوعه قبل الموت،من غير حق فسخ فيه لأحد،والمحاباة لها مزية العِوَض،فإنها لا يلحقها الفسخ أيضا، فتساويا جميعاً،ولم يكن لأحدهما مزية على صاحبه فلذلك تحاصّا(٤).

ولأبي يوسف ومحمد:أن المحاباة قد يلحقها الفسخ،إذا لم يرضَ المشتري بزيادة الثمن،والمعتَق لا يلحقه الفسخ بحال، فكان أولى منها،كما كان العتق أولى من الوصية بالمال.

<u>مسألة:</u> [اجتماع عدة فرائض في الوصية]

قال:(ومَن أوصىٰ بوصايا لقوم بأعيانهم،وأوصى بزكاةٍ عليه،

---

(١) أي الامام وصاحبيه،والله أعلم.
(٢) (٣) ساقطة من الأصل.
(٤) في الأصل (تخاصما).

وكفّارات أيْمَان،وحَجٍّ،والثلث يقصُرُ عن جميع ذلك،ضُرِبَ بالوصايا كلها في الثلث فما كان منها(١) حقاً لآدمي دُفِعَ إليه،ثم يُنْظَرُ إلى القُرَب،فيُبْدَأ منها بالزكاة،ثم يُثَنَّى بالحج المفروض عليه،ثم يثلّث ما أوصى به من ذلك في كفّارات أيْمَانه،يُبْدَأ في ذلك بالأوْلَى من الأشياء،على ماهو أولى منها،فإن تساوت بُدِيء منها بما بَدَأ به الموصِي في وصيته).

قال أحمد:ذكر أبو جعفر أنه يُبْتَدَأ بالزكاة،ثم بالحج الفريضة،وذَكَرَ أبو الحسن الكرخي رحمه الله أنه إذا اجتمع في الوصية فرائض ذَكَرَها،بُدِيءَ بالأوَّل فالأوَّل في لفظه(٢).

فأما وجه المسألة،في أنه يُضْرَب بجميع وصايا الميت في الثلث أوَّلاً،لأن الوصية للآدمي،لا تمنع المضاربة معه في القُرَب الموصَى بها.

ألا ترى أنه لو أوصى بثلث ماله للمساكين،وأوصى بثلثه للآدمي،أن الثلث مقسوم بين المساكين،والموصَى له بالثلث، فكذلك سائر القُرَب مع الآدمي،تصير كلُّ واحدة منها بمنزلة إنسان،قد أوصَى له بعينه بثلث المال.

فإذا تضاربوا بها(٣)،استُوفيَ ماكان من حصة الآدمي،فدُفِعَ إليه،ثم نُظِرَ إلى مابقي لجهات القُرَب،فيصير كأنَّ الميت أوصَى به في هذه الوجوه(٤)،فيُبْدَأ أوَّلاً بالفروض،لأنها أهمّ وأولى من النوافل،قَدَّمَ أو أخَّر،لأنا لا نحمل أمرَه على أنه قَصَدَ تضييع الفرض بتقديم النافلة،ولأن مِن شأن المؤمن أن تأدِيَة الفرض أهمّ عنده مِن فعل النافلة،وإن أخَّره في لفظ الوصية عنها.

وذَكَر أبو حنيفة تقديمَ الزكاة على حَجَّة الفريضة،ووجهه أن الزكاة في الأصل،مما جُعِلَ أخذها إلى الإمام،وقد كان النبي صلى

---

(١) في الأصل (معه)، والمراد: ما كان من الوصايا حقاً ---.
(٢) قال الموصلي في الاختيار ٧٣/٥"ومن أوصى بحقوق الله تعالى قدمت الفرائض،وان تساوت قدم ماقدمه الموصي ان ضاق الثلث عنها،وقيل يبدأ بالحج ثم الزكاة،وقيل بالزكاة ثم بالحج" اهـ.
(٣) في الأصل (يصانوا).
(٤) أي في المال الباقي.

الله عليه وسلم، وأبو بكر، وعمر يأخذونها، كما يأخذون صَدَقة المواشي. إلى أن "قال عثمان في خطبته في شهر رمضان: هذا شهرُ زكاتكم، فمَن كان عليه دَيْن فليؤدِّه، ثم ليُزكِّ بقيَّةَ ماله" (١) (٢)

فوَكَلَ الأداء إلى أرباب الأموال، مِن غير سقوط حقِّ الإمام في أخذها.

وقاتَلَ أبو بكر الصديق في سائر الصحابة أهلَ الرِّدَّة على مَنْع الزكاة (٣)، فصارت لها هذه المزية، فكانت أولى بالتقديم من الحج، لأن الإمام لا مدخل له في جَبْر الناس على الحج.

ثم بعد الزكاة حَجَّة الإسلام، لأنها فرض، ثم الواجبات، مِن كفَّارات الأَيْمَان ونحوها.

وإنما قَدَّم الحج على كفَّارات الأَيْمان، لما جاء من الوعيد في ترك الحج، ولم يَجِئْ مثله في كفَّارات الأَيْمان، وهو ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "مَنْ مَاتَ ولم يَحُجَّ حَجَّةَ الإسلام، فليَمُتْ يهوديًّا أو نصرانيًّا" (٤)

وروى هشام (٥) في نوادره عن محمد: في الحج الفريضة والزكاة، أنه يُبْدَأ بما بَدَأ به الميت.

قال أحمد: وهذا أصح على أصولهم مما رواه أبو جعفر.

---

(١) الأموال لأبي عبيد ص/٥٠٤، سنن البيهقي ١٠٩/٤-١١٠، وينظر التلخيص الحبير ١٥٩/٢.
(٢) الموطأ، الزكاة، باب الزكاة في الدين ٢٥٣/١، الأموال لأبي عبيد ص/٣٩٥(١٢٤٧)، سنن البيهقي ١٤٨/٤، وقد أخرج البخاري في صحيحه، الاعتصام، باب ماذكر النبي صلى الله عليه وسلم وحض على اتفاق أهل العلم ٣٠٥/١٣ بسنده الى السائب بن يزيد أنه سمع عثمان بن عفان خطيبا على منبر النبي صلى الله عليه وسلم اهـ فقط، ولم يذكر لفظ الحديث.
(٣) صحيح البخاري، الزكاة، باب وجوب الزكاة ٢٦٢/٣.
(٤) سنن الترمذي، الحج، باب ماجاء في التغليظ في ترك الحج ١٧٦/٣ وقال: هذا حديث غريب، لا نعرفه الا من هذا الوجه، وفي اسناده مقال، وهلال بن عبد الله مجهول، والحارث يضعف في الحديث اهـ. ورواه البيهقي في سننه ٣٣٤/٤ من طريق آخر ثم قال: وهذا وان كان اسناده غير قوي، فله شاهد من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
(٥) هشام بن عبيد الله الرازي، تفقه على أبي يوسف ومحمد، قال عنه أبو حاتم: صدوق، مارأيت أعظم قدرا منه، وله كتاب النوادر عن محمد، وصلاة الأثر، توفي رحمه الله سنة (٢٠١هـ)، له ترجمة في أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص/١٥٥، الفوائد البهية ص/٢٢٣ وفيه اسم أبيه عبد الله، الأعلام ٨٧/٨.

ثم يُبْدَأ من الواجبات بعد الحج،بما بَدَأ به الميت،في لفظ الوصية،لأنّ بَدْأه بها في لفظ الوصية،يدلّ على أنها كانت أهم عنده من غيرها،ثم بعد ذلك بما بَدَأ به من النوافل،حتى تُسْتَوْفَى وصاياه إن أمكن،وإن لم يمكن اقتُصِرَ بها على ما أَمْكَن كما وصفنا.

مسألة: [مراتبُ الأوصياء]

١٥٤/ /قال أبو جعفر:(والأوصياءُ الأحرارُ البالغون على ثلاث مراتب:فوصيّ مأمونٌ على ما أُوصِيَ به إليه،مُضْطَلِعٌ(١) بالقيام به،فلا ينبغي للحاكم أن يعترِضَ عليه.

ووصيّ مأمونٌ غير مُضْطَلِع بالقيام به،أيَّده الحاكم بغيره، ووصيّ مَخُوفٌ على ما أُوصِيَ به،فيُخْرِجُه الحاكم من الوصية،ويقيمُ فيها مَن يُؤْمَن عليها،ويَضْطَلِعُ بالقيام بها)

والأصل في ذلك أن الوصيَّ منصوب لحفظ مال الميت،والاحتياط للصغار.

قال الله تعالى{ولا تَقْرَبُوا مالَ اليَتيمِ إلا بالتي هي أَحْسَن}(٢)
وقال{وأن تَقُومُوا لليتامى بالقِسْط}(٣)
وقال:{ويَسْألُونَكَ عن اليَتامَى قُلْ إصْلاح لهُمْ خَيْر}(٤).

فإذا كان الوصي مضطلعاً بها،مأموناً عليها،لم يتعرَّضْ له الحاكم،لأن الميت قد أَوْصَى إليه وصية للقيام بأمرٍ،فلا يُزال عنها،إلا بسبب يوجب زواله.

وإن كان مأموناً غير مضطلع بالقيام بها،أيَّده بغيره لئلا يقع عليه غَبْن فيما يتصرف فيه،ولا يجري به عليه تضييع.

وإن كان مَخُوفاً عليها،أخرجه الحاكمُ،وأقامَ فيها مَن يُؤْمَن عليها،لأن الحاكم منصوب لحفظ أموال الناس وحقوقهم،وخاصة الأموات والصغار منهم،فإذا خافَ من الوصيّ(٥) الخيانةَ،أخرجه من الوصية،وأسنَدَها إلى غيره.

---

(١) أي قوي عليه،كما في القاموس المحيط (ضلع).
(٢) من سورة الأنعام،آية رقم/١٥٢،من سورة الاسراء،آيةرقم/٣٤.
(٣) من سورة النساء،آية رقم/١٢٧.
(٤) من سورة البقرة،آية رقم/٢٢٠.
(٥) في الأصل (الموصى).

مسألة : [حكم الوصية إلى العبد]

(ومَن أوصى إلى عبده، والورثةُ صغار، فالوصية جائزة إلى أن يَبْلُغُوا، في قول أبي حنيفة)، وذلك لأن الصغار يولّى عليهم، ولا ولاية لهم في أنفسهم، فإذا لم يكن فيمَن خَلَفَ الميت من الورثة ذو ولاية في نفسه، جاز أن يليَّ عليهم التصرف، كما يلي عليهم الحُرّ لو أوصى إليه.

(ولو كان فيهم كبير، لم يجز)، لأن الكبيرَ يلي على العبد، ويتصرف فيه، فلا تصح للعبد ولاية، ولا تَصَرُّف، مع كونه مولًى عليه محجوراً.

(وفي قول أبي يوسف ومحمد، لا تصح الوصية إلى العبد)، لأن موتَ المولى يوجب حَجْراً عليه، فكيف تثبت له ولاية، وهو محجور عليه.

مسألة : [حكم وصية الوصيّ إلى غيره]

(وللوصي أن يوصيَ إلى غيره بما أُوْصِيَ به إليه، أَطْلَقَ ذلك له الوصي، أو لم يُطْلِقْه)، وذلك لأنه قائم مقام الميت، فيتصرَّف في ماله من طريق الولاية، ألا ترى أنه يتصرف في حال انقطاع أمر الميت وتصرفه، فصار بمنزلة الجَدّ، وإن استحق الولاية على الصغير بواسطة هو الأب، جازَ له أن يوصي إلى غيره، فيقوم وصيُّه في مال الصغير مقامَه.

وليس الوصيّ(١) في هذا كالوكيل، في أنه لا يجوز له أن يوكِّلَ غيره فيما وُكِّلَ به، إلا أن يُطْلِقَ له فيه، لأن تصرُّف الوكيل من طريق الأمر، لا من طريق الولاية، ألا ترى أن وَكالته تبطل بانقطاع أمرِ الميت لموته.

ويدل على ما ذكرنا أيضا من حال الوصي، أنه يتصرف على الصغير في سائر وجوه التجارات، وفي الكتابة، وما شابهها، فصارت الوصية إليه مقتضية لعموم التصرف من الميت، ومن وجه التصرف عليه أن يوصيَ بما أُوصِيَ به إليه إلى غيره، ويقيمه في مقام نفسه، كما كان له أن يوكّل بالتصرف على الصغير في حال

---

(١) في الأصل (الموصى).

حياته مَن شاء،وإن لم ينصَّ له عليه في لفظ الوصية،إلى غيره.

وفارق الوكيلَ أيضا مِن هذا الوجه،لأن الوكيلَ لا يوكِّل غيره، والوصيُّ يجوز توكيله.

ويدل على اختلاف حكمهما في التصرف،أنَّ لفظ الوكالة على الإطلاق،لا يستحق به التصرف في العقود،ألا ترى أن مَن قال لرجل: وكَّلْتُكَ بمالي،كان وكيلاً في حفظ ماله،ولم يملك به البيع والشراء،أو سائر وجوه التصرف عليه،ولو قال له:قد أوصيتُ إليك بعد موتي،جاز له التصرف فيه على العموم،فأشبه من هذا الوجه الإذن للعبدفي التجارة،أنه لما صَحَّ بإطلاق اللفظ من غير ذكر وجوه التصرف،جاز له أن يأذن لعبده (١) أيضا في التجارة.

كذلك الوصي لما استفاد جواز التصرف بإطلاق لفظ الوصية، كان له أن يوصي إلى غيره.

فإن قيل:فقد تصح المضاربة بإطلاق لفظها،بأن يقول،دفعتُه إليك مضارَبة،ومع ذلك لا يدفعه مضارَبة إلى غيره.

قيل له:لا تصح المضارَبة بهذا اللفظ،وإنما تكون إجارة فاسدة،يستحق فيها أجرَ المثل،وإنما تصح إذا قال بالنصف أو الثلث ونحوه.

وأيضا،فإنه قد دخلت تحتَ اللفظِ جميعُ وجوه تصرّف المضارِب، وإنما لم يجز له دفعه إلى غيره مضارَبة،لما فيه من إثبات /شركةٍ للثاني،في مالِ رب المال،وليس ذلك من التصرف الذي يقتضيه عقد المضارَبة في شيء. /١٥٥

فأما ما كان من طريق التصرف،فله أن يفعله،ألا ترى أنه لو دَفَعَه إلى غيرِ مضاربةً فاسدةً،لم يضمن،وهومتصرف فيه،كما يتصرف في المضاربة الصحيحة،إذ لم يكن فيه إثباتُ شركةٍ للغير،وليست من طريق التصرف.

مسألة: [هل تصرّف أحدِ الوصيَّيْن دون الآخر]

قال:(وليس لأحدِ الوصيَّيْن أن يشتريَ للورثة إذا كانوا صغاراً،إلا الكِسْوة والطعام،وليس له أن يشتريَ لهم خادماً إن

---

(١) أي أن يأذن لعبد العبد المأذون له.

احتاجوا إليه، إلا بأمرِ صاحبِه، في قول أبي حنيفة ومحمد.

قال أبو جعفر: وقال محمد بن الحسن في نوادره: ليس لأحدهما أن يفعل شيئاً دون صاحبه، إلا ستة أشياء، فإنها تجوز له دون أمْرِ صاحبه، وهي: شراءُ كفنٍ للميت، وقضاءُ ديونِه، وإنفاذُ وصيّتِه، فيما أَوْصَىٰ به مِن صَدَقة، أو نحوها، أو شيءٍ لرجل كان له بعَيْنه في يدِ الميت، يدفعه إليه، [و](١) في الخصومة فيما يُدّعَى على الميت وفي الخصومة للميت فيما يدّعيه له من الحقوق قِبَل الناس، فأما غير ذلك من شراء أو بيع فإنه لا يجوز له دون صاحبه)

قال أحمد: ولم يذكر شراء الكِسوة والطعام للصغير، في هذه الرواية، وهو مما يجوز لأحدِهما أن يفعلَه، في قولهم جميعاً.

وليس ما ذكره في النوادر، مخالِفاً(٢) لما في الأصول، وإنما هو تفسير لما أُجْمِلَ ذكره في الأصول.

(وقال أبو يوسف: فعلُ أحد الوصيّيْن جائز، كقولهما جميعاً)

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن الميت لما أَسْنَدَ(٣) الوصية إليهما معاً، فلم يرض إلا باجتماعهما على الرأي في التصرّف، ولم يرض برأي أحدِهما، دون صاحبه.

ألا ترى أنه لو وَكّلَ رجلَيْن بالبيع، لم يكن لأحدِهما أن يعقد دون الآخر.

وأما شراء الطعام والكِسوة، فهو مما لا بُدّ للصبي منه، وفي تأخيره انتظاراً للآخر، ضرر عليه، ولا ولاية لهما فيما فيه ضرر على الصغير، فلذلك جاز لأحدهما أن يشتريَه.

وأما الخادم، فليست الحاجة إليها ضرورة، وليس في انتظار الآخر ضرر على الصغير، فلذلك لم يجز أن يشتريَه دون الآخر.

وأما شراء الكفن، فلا يمكن تأخيره انتظاراً للآخر، لأنه مأمور بتعجيل الدّفْن.

وأما قضاء الدَّيْن، فلأنّ الغريم لو قَبَضَه بغير إذنه، صحّ قبضه.

---

(١) ساقطة من الأصل، وأثبتها من المختصر ص/١٦١.
(٢) وهي الكتب الستة لمحمد، التي هي ظاهر الرواية، أما النوادر فليست من كتب ظاهر الرواية. والله أعلم.
(٣) في الأصل (اسبه).

وأما إنفاذ الوصية، فإن ابن رستم (١) قد ذكر عن محمد وعن أبي حنيفة أنه جائز لأحدهما دون الآخر، ولم يفصل بين شيء منهما، وهو يقتضي جواز نفاذ الوصية لإنسان بعينه، وللمساكين وغيرهم.

فروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أيضاً، أنّ لأحدِ الوصيين إنفاذ وصية الميت، سواء كانت لرجل بعينه أوللمساكين، ذكره أبو الحسن رحمه الله في كتابه (٢).

ووجه ذلك، أن الوصيةَ إن كانت لرجلٍ بعَيْنه، فإنه لو استوفاها الرجل بغير إذنه، جاز كما قلنا في الدَّيْن، وإن كانت وصية بالعتق، جاز أيضاً.

كرجل وكّلَ رجلَيْن (٣) بعتق عبده، فلأحدهما أنْ يعتقه دون صاحبه.

وإن كانت وصيةٌ لمساكين ونحوها، فوجه جواز تصرفه أنها لا يتعلق بها حق على أحد، وإنما فيه نقل ملك الميت إلى المساكين، فصارت كالوصية لإنسان بعينه، وكمَنْ وَكّل رجلَيْن بهبة عبده أو بعتقه، فلأحدهما أن يفعله.

وأما الخصومة فلا تتأتى منهما لو حضَرا، وإنما كان يخاصم أحدهما، فكذلك جاز لأحدهما أن يخاصم، ولأحد الوكيلين بالخصومة أن يخاصم دون صاحبه.

ووجه قول أبي يوسف أنهما يتصرفان من طريق الولاية، لأنهما يتصرفان مع انقطاع أمر الميت، وفارقا الوكيلَيْن من هذه الجهة.

مسألة: [حكم إسناد أحد الوصيين قبل موته الوصية الى الوصي الآخر]

(وإن مات أحدُ الوصيَّيْن، و[قد] (٤) أوصى إلى صاحبه، فإن محمداً قال: هو جائز.

---

(١) ابراهيم بن رستم، أبو بكر المروزي، تفقه على محمد، وسمع من الامام مالك، وأحمد بن حنبل، عرض عليه المأمون القضاء فامتنع، له النوادر، كتبها عن محمد، توفي رحمه الله سنة ٢١١هـ له ترجمة في الفوائد البهية ص/٩-١٠.
(٢) يريد المختصر، والله أعلم.
(٣) في الأصل (جاز أيضا الى رجل).
(٤) ساقطة من الأصل، ومثبتة في المختصر ص/١٦١.

قال:وهو قياس أبي حنيفة.وقال أبو جعفر:قد روي عن (١) أبي حنيفة من غير هذا الوجه، أن ذلك لا يجوز.لأن الميت رَضِيَ برأي اثنين،ولم يرضَ برأي واحد)

وجه القول الأول:أنه لما جاز له أن يوصيَ إلى آخر.ويقيمه في مال الميت مقامَ نفسه.كذلك جاز له أن يسند ما كان إليه إلى صاحبه.

ألا ترى أنه قد كان له في الحياة، أن يوكِّلَ صاحبَه بالتصرف في الشراء والبيع في مال الميت.

/ووجه القول الثاني:أن الميت الأول.إنما رضِيَ بتصرف اثنين واجتماعهما على الرأي فيه.فلا يجوز الاقتصار به على رَجُلٍ واحد. ١٥٦/

مسألة: [هل تصرُّف الوصي قَبل أن يَعْلَمَ أنه أُوصِيَ إليه]

قال:(وإذا أوصَى إلى رجل.ثم مات.فباع الوصيُّ شيئاً مِن تَرِكَة الميت،ولم يَعْلَم بالوصية.جازَ بيعه.ولزِمَتْه الوصية)

وذلك لأن حق الميت قد انقطع.وبقي موقوفاً على قَبُول الوصي، فأشبه البيّعَ.إذا شَرَطَ الخيار للمشتري.فإنه لما انقطع حقه، وبقي موقوفاً على حق المشتري.كان تصرف المشتري فيه مبطِلاً لخياره.وملزِماً له البيعَ.سواءٌ عُلِمَ أنه المشتري،أو لم يعلم.

ألا ترى أنه لو باع العبدَ المشترَى.وهو لا يعلم أنه الذي اشتراه، أنه يبطل خياره.ويلزمه البيع.كذلك مسألة الوصي.لما لم يبق هناك غير حقه.نَفَذَ بيعه.ولزِمَتْه الوصية.لأنه يستحيل أن يجوز بيعه إلا وهو وصي.إذ كان غير الوصي.لا يجوز بيعه.

مسألة: [الوصية الخاصة]

قال:(ومَن أوصَى إلى رجلٍ في خاصٍّ مِن ماله.كان وصياً في كل ماله.في قول أبي حنيفة)

---

(١) "وهو ظاهر الرواية ... وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا ينفرد بالتصرف"كما في الهداية ٤/٦١؟ وظاهر الرواية هو المقدم في المذهب.وهو الذي اعتمده ابن عابدين في حاشيته ٧٠٥/٦.

وذلك لأن الوصي يتصرَّفُ من طريق الولاية، فصار ثبوت ولايته في شيءٍ من مال الميت، موجباً له الولاية في جميعه، كما أن الأب لما كان تصرُّفه على الصغير من طريق الولاية، جاز تصرفه في جميع ماله.

(وفي قول أبي يوسف ومحمد: هو وصيٌّ فيما أوصَى به إليه خاصَّةً دون ما سواه)

لأن الوصية إنما تجوز أن تختَصَّ بوقت دون وقت، وبحال دون حال، ألا ترى أنه لو قال: فلان وصيي حتى يقدَم فلان، ثم الوصية إلى فلان، [كانت](١) كما أوصى، في قولهم جميعاً، فأشبهت الوكالة من هذا الوجه، فجاز أن يخصَّها ببعض التصرف دون بعض.

فإن قيل: لما صحت بإطلاق لفظٍ من غير تعيين لوجوه التصرف، وَجَبَ أن لا يصح تخصيصها ببعض التصرف، كالإذن في التجارة، وفارَقَت الوصية من هذا الوجه.

قيل له: هذا فاسد، لأن المضارَبة تصح بإطلاق لفظها، مِن غير تعيين وجوه التصرف، ولو خصَّها بالتصرف في بعض التجارات، دون بعض، صحَّت على ما شرط من التخصيص.

قال أحمد: ذكر أبو جعفر أبا يوسف مع محمد، وهو مع أبي حنيفة في هذه المسألة.

مسألة: [قبول الوصي الوصية قبل موت الموصي يلزمه الوصية]

(ومن أوصَى إلى رجل، فقَبِلَ وصيتَه في حياته، ثم مات الموصِي، فقد لزِمَتْه الوصية)، لأنها قد صحَّت بالموت، وصارت بحيث لا يلحقها الفسخ، لأن فسخها إنما كان يصح بمَحْضَرِ الموصِي: كالخروج من الوكالة وفسخها، لا يصح إلا بمحضرٍ من الموكِّل، وكما لا يصح فسخ المضارَبة، والشركة إلا بمحضرٍ مِن رب المال والشريك، فلما فات ذلك في مسألتنا بموت الموصِي، صحَّت الوصية، ولزِمَتْه، ولم يكن له سبيل إلى فسخها.

---

(١) ساقطة من الأصل.

فصل: [هـ][قبول الوصي الوصية وقد رفضها بعد موت الموصي]

قال: (ومَن أوصى إلى رجل، ثم مات، فقال الوصي: لا أقبل، ثم قَبِلَ، جاز قوله)

لأن الوصية قد تمّت من جهة الموصي، وبقيت موقوفة على قبول الموصَى [له](١) فلم يصح فسخه لها، وكما لو فسخ المضارب المضاربةَ بغير مَحْضر من رب المال، لم يصح فسخه لها، وكما لو فَسَخَ المشتري البيعَ، وله فيه الخيار بغير محضر من البيّع، لم يصح فسخه.

قال: [هـ][قبول الموصَى له للوصية بعد أن ردّها، وعزله القاضي]

(فإن أخرجه القاضي من الوصية حين ردّها، لم يكن له أن يقبَلها بعد ذلك) لأن القاضي قد قام مقام الميت في التصرف عليه، فجاز له أن يُخرجه منها حين ردّها.

مسألة: [هـ][تصرف الوصي في بيع عروض الميت لقضاء الدين]

قال: (وللوصي أن يبيع عروض الميت، لقضاء ديونه، بغير محضر من غرمائه)، لأنه قائم فيها مقام الميت، فكما جاز للميت بيع ماله، بغير محضرٍ من الغرماء، كذلك الوصي، لأنه يملك البيع، وإن كره الغرماء.

مسألة: [هـ][تصرف الوصي في بيع مال الميت بما يتغابن الناس فيه]

قال: (ولا يجوز بيع الوصي لمال الميت، إلا بما يتغابن الناس فيه)، وذلك لأنه يتصرف على الميت على وجه الاحتياط، فلا يجوز له إتلاف ماله، إذ كان منصوباً لحفظه.

وأيضا فإن تصرفه في ماله من طريق الحكم، لأن أمر الميت منقطع، فأشبه الأب في تصرفه على الصغير، أنه مقصور على مايُتَغابن فيه.

مسألة: [هـ][تكرار لفظ الوصية]

(قال: ومَن أوصى لرجلٍ بسُدُسِ ماله، ثم أوصى بعد ذلك بسدس

---

(١) ساقطة من الأصل.

مالـه في مجلس/أو مجلسَيْن.فهو سدس واحد) /١٥٧

لأنه لما احتمل اللفظُ التكرارَ،واحتمل استيناف السدس آخرُ، لم تثبت الوصية بالشك.

مسألة: [حكم احتمال الزيادة في لفظ الوصية]

قال أبو جعفر:(وإذا أوصَى له في أحد الوصيَّتَيْن بثلث ماله، كان له ثلث ماله،ودخل فيه السدس)،لأنه إذا احتمل دخول السدس فيه،واحتمل غيرَه،لم تثبت الزيادة بالشك،وجعلناه داخلا في الثلث.

مسألة: [للوصي أن يحتال بمال اليتيم]

قال:(وللوصي أن يحتال بمال اليتيم.إذا كان خيرًا له)(١) لقول الله تعالى:{ولا تَقْرَبُوا مالَ اليتيم إلا بالتي هي أحسن}(٢) فإذا رأى ذلك خيراً لليتيم،فهو من الأحسن المأمور به.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم:"مَن أُحِيلَ على مليء فليَحْتَل"(٣)

على عمومه ينتظم مالَ اليتيم وغيره،ولأن الخطاب لمَن له حق المطالبة بنصيبه.

وأيضا فإن الوصيَّ يتصرف في مال اليتيم على وجه الاحتياط، فإن كان ذلك إصلاحاً لليتيم فَعَلَ،وكما كان له أن يبيع ماله، وينقل حق اليتيم من العين إلى الذمة بالولاية،جاز له أن يحتال به كالأب.

مسألة: [حكم ما لو أوصى بثلث ماله لرجلَيْن وكان أحدُهما ميتاً]

قال:(ومَن أوصى بثلث ماله لرجلَيْن،فكان أحدُهما ميتاً،

---

(١) كما لو كان لليتيم دين على رجل،فأحال هذا الرجل المستدين الوصي على رجل آخر،كان للوصي أن يحتال،أي أن يقبل هذه الحوالة،اذا كان خيرا لليتيم،كما لو كان المحال عليه مليئا.

(٢) من سورة الأنعام،آية رقم/١٥٢،ومن سورة الاسراء،آية رقم/٣٤.

(٣) تقدم ص/١٩٠،حاشية (٥).

فالثلث للحي،عَلِمَ الموصي بموته ، أو لم يعلم)،وذلك لأن الميت لا تصح له الوصية بحال،فلم يزاحم به الحي الذي هو من أهل الوصية ،فصار كقوله :ثلث مالي لفلان،وللحائط،فلا يمنع ذلك من استحقاق الثلث

قال أحمد :(١) [أوصى بثلث ماله بين فلان وفلان وأحدهما ميت]

(ولو قال ثلثُ مالي بين فلان وفلان،وأحدُهما ميت،لم يكن للحي إلا النصف)(٢)،لأن لفظ الوصية لم يوجب له غير النصف،وليس ذلك كقوله :لفلان وفلان،لأن الثلث هاهنا موصًى به لفلان،[و] الآخر(٣) ملحَقٌ به على جهة المزاحمة به ،فصار كقوله ثلث مالي لفلان إذا سَكَتَ عليه .

ويدلُّك على ذلك أنه لو قال:ثلث مالي لفلان،كانت وصيتُه صحيحة بالثلث،ولو قال:ثلث مالي بين فلان،وسكت لم يستحق الثلث بهذا القول.

قال أبو جعفر:(وروي عن أبي يوسف أنه قال،إذا لم يَعْلَمْ بموته ،فللحي نصف الثلث،والثلث الباقي لورثة الموصي)،وذلك لأنه إذا لم يعلم بموته ،فقد قصد إلى إيجاب نصف الثلث للحي، لأن الآخر كان عنده من أهل الوصية ،وإذا عَلِمَ بموته فوصيته لَغْوٌ فلم يعط الأول من وصيته شيئاً.

قال أبو جعفر:(وإذا أوصى بثلثه لأجنبي،ولأحد ورثته ، فللأجنبي نصف الثلث)،لأن الوصية للوارث واقعة ،وتلحقها الإجازة من بقية الورثة .(٤)

---

(١) هكذا في الأصل،وهو اسم أبي جعفر الطحاوي.
(٢) "ونصفه الباقي لورثة الموصي" كما في مختصر الطحاوي ص/١٦٣ .
(٣) في الأصل (لفلان الآخر) .
(٤) "وان لم يجز سائر الورثة ،بطلت الوصية في حصة الوارث، وبقي نصف الثلث للأجنبي،ولا يكون جميع الثلث للأجنبي،لأن اضافته الى وارثه صحيحة ،ألا ترى أنه لو أجاز سائر الورثة جاز،وقد أوصى لكل واحد بنصف الثلث،فيكون له ذلك"كما في شرح مختصر الطحاوي للاسبيجابي ٢/لوحة/٥٨.

مسألة: [وصيُّ الجَدِّ بمنزلة الجَدّ]

قال: (ووصي الجد بمنزلة الجد، لأنه قائم مقامه، فيجوز تصرفه حسبما كان يتصرف الجد، كما أن وصيَّ الأب بمنزلة الأب في التصرف كذلك الجد.

مسألة: [حكم تصرف وصي الأب ببيعٍ ونحوه] (٢)

قال: (ولوصي(١) الأب أن يبيع العروض على الكبير الغائب، ولايبيع العَقَار)

وذلك لأن ولاية الوصي في هذه الحال، مقصورة على حفظ مال الميت، لا على التصرف، لأن تصرفه غير جائز على الكبير، وكلُّ ماكان فيه حفظ لمال الميت، جاز تصرفه فيه، لأن فيه حقاً للميت، يجوز أن يلحق الميت دَيْن، فيحتاج إلى قضائه من المال.

ولا يبيع العَقَار لأنه محفوظ، لايُخشى عليه التَّلَف، ومَن أراد تحصين ماله وحفظه، صَرَفَه في شراء العَقار، وأما العروض يُسرِعُ إليها التَّلَف، وحفظ بدلها من الدراهم والدنانير، أيسر وأبعد من التَّوَى والفساد.

(وليس للوصي أن يتَّجِرَ في شيءٍ من مال الميت) إذا كان الوارث كبيراً، وإن كان غائباً، لما وصفنا من عدم ولايته على الكبير، فإن تصرفه محصور على حفظ المال فحسب.

قال: [حكم تصرف وصيِّ غيرِ الأب والجَدّ]

(ووصي غير الأب والجد، بمنزلة وصيِّ الأب على الكبير الغائب) يعني مثل وصي الأم، والأخ، والعم، ونحوهم، وذلك لأنهم لايملكون التصرف على الصغير، لأن كلَّ واحد منهم، قائم مقام الميت الموصِي، والميت لم يكن يملك التصرف على الصغير، فوصيُّه أحرى أن لايملك وإذا كان كذلك، كانت ولايته مقصورة على حفظ مال الميت، على النحو الذي بيَّنَّاه في وصي الأب على الكبير الغائب.

---

(١) في الأصل (ولو أوصى) وي نسخة الاتقاني (ولوصي)، ومثله في المختصر ص/١٦٣ وهو الصواب والله أعلم.
(٢) وهذا فيمن مات وقد أوصى الى رجل، ولهذا الموصي الميت ولد كبير غائب، كما في مختصر الطحاوي ص/١٦٣.

مسألة: [حكم تجارةُ وصيٍّ الأب في مال الصغير]

قال: (ولوصي الأب أن يتَّجِرَ في مال الصغير) لقول الله تعالى {ولا تَقْرَبُوا مالَ اليَتيم إلا بالتي هي أحسن}(١)، وقوله تعالى {ويَسْألُونَكَ عن اليتامى قُل/ إصلاحٌ لَهُم خَيْر}(٢)، وقوله تعالى {وأنْ تقُومُوا لليتامَى بالقسط}(٣). ١٥٨

وأيضا فإنه قائم مقام الأب، وكما كان للأب أن يتَّجِر في مال الصغير، كذلك وصِّيه.

مسألة: [حكم الوصية بالمنافع]

قال أبو جعفر: (والوصية بخِدمة العبد، وبسُكْنَى الدار، وبثمرة النَّخل، وبِغَلَّة العبيد، والعَقار، جائزة)

قال أحمد: يعني في خدمة العبيد، وبسكنى الدار إذا كانت الوصية بها لإنسان بعَيْنِه(٤)، فأما إن أوصى بها للفقراء والمساكين، فإن الوصية لا تصح بهما، في قول أبي حنيفة، وتصح في قول محمد.

وأما بِغَلَّة العبيد، والدَّار، فتصحّ في قولهم جميعاً، وفرَّق أبو حنيفة بين الوصية بالمنافع لفقراء بغير أعيانهم، وبينها إذا كانت بالمال، مِن قِبَل أن الوصية بالمنافع للفقراء، جاريةٌ مجرى الإباحة والعاريَّة، إذ لم يستحقَّها واحدٌ بعينه.

ألا ترى أن الوصيَّ لو أسكنها فقيراً، أو أخْدَمَه العبيد ساعةً، كان له أن يأخذها منه، فلم يستحق السكنى والخدمة، إلا على سبيل العاريّة، والعاريّة لا يستحق بها شيء، ألا ترى أنه لو أوصى بعاريةِ عبده، أو داره، لغير معيَّن لم تصح.

وأما إذا كانت وصية لإنسان بعَيْنه، فإنه يستحق المنافع، دون سائر الناس، وليس للوصي إخراجه منها، ولا صَرْفها إلى غيره، فجرى مجرى المنافع المستَحَقَّة بالعقود الموجِبة لها.

---

(١) من سورة الأنعام، آية رقم/١٥٢، من سورة الاسراء، آية رقم/٣٤.
(٢) من سورة البقرة، آية رقم/٢٢٠.
(٣) من سورة النساء، آية رقم/١٢٧.
(٤) في الأصل (عاما).

وإنما جازت الوصية بالمنافع،لَمَّا كانت لأعيان،لقول الله تعالى{مِنْ بَعْدِ وصِيَّةٍ يوصَىٰ بها أو دَيْنٍ}(١)،وعمومه يقتضي جوازها بالمنافع وغيرها.

وكما جاز تمليك المنافع بعقد الإجارة،جاز تمليكها بالوصية،وجهالتُها لا تمنع صحة الوصية،لأنها تجوز بالمجاهيل، ألا ترى أن الوصية بالثلث جائزة،وهو لا يدري(٢) كم يكون مقداره وقت الموت.

مسألة: [حكم الوصية بثمر البستان]

قال:(ولو أوصى لرجل بثمرةِ بستانه،ثم مات،وفيه ثمرة،فلا شيء للموصَى له غيرها)،وذلك لأن هذه العين،قد صحت الوصية فيها لا محالة،إذ كان الاسم ينتظمها،وما يُسْتَقْبَل حدوثٌ منها، ليس في اللفظ دلالة عليه،فلم يدخل في الوصية.

قال:(وإن مات،وليس فيه ثمرة،فله ثمرته فيما يُسْتَقْبَل، مادام حيَّاً،ولا يُورَث ذلك عنه)،وإنما كان له ثمرته فيما يُسْتَقْبَل،مِن قِبَل أنه لما لم تكن هناك في حال الموت،وفي حال صحة الوصية ثمرة،لم تَنْصَرِف الوصية إلا في المستَقْبَل،لأنا متى أمكنَنَا تصحيحَ الوصية على حسب ما انتظمت من لفظها،لم نُبْطِلْها وصُرفت الوصية،إذ كانت مما تصح الوصية به.

ولا تُورَث عنه،لأن الوصية كانت له،فلايستحقها غيرُه، ألاترى أنه لو أوصَى لرجل بخدمةِ عبدِه،لم يرثها عنه ورثتُه بعد موته.

مسألة: [حكم الوصية بغلة بستان]

قال أبو جعفر:(ولو أوصى له بِغَلَّة بستان،له ثمرتها الموجود منها،والمستقبَل جميعا)(٣)

وأما الثمرة،فإن اللفظ يتناول الموجودَ منها،ولا ينصرف إلى المستقبَل،إلا بدلالة(٤) ما قال.

---

(١) من سورة النساء،آية رقم/١٢.
(٢) في الأصل (يدى).
(٣) أي لو كان أوصى له بثمرة بستانه،كما في المسألة السابقة،لابغلة بستانه.
(٤) ولفظ (الغلة)يدل على الموجود منها والمستقبل.

قال: [حكم وصية المسلم إلى ذمّي]

(ولا تجوز وصية المسلم إلى الذّمّي)، وذلك لأن الوصيّ يتصرف من جهة الولاية، ولا وَلاء للكافر على المسلم. قال الله تعالى: {ولَنْ يجعلَ اللهُ للكافرين على المؤمنين سَبِيلاً}(١)

وأيضا فإن الوصيّ قائم مقام الأب، ولو كان الأب كافراً، والصغير مسلماً، لم تكن له ولاية عليه، كذلك الوصي إذا كان كافراً.

وليست الوصية كالوَكالة، لما وصفنا مِن أن الوصية ولاية، والوكالة ليست بولاية، وإنما يتصرف الوكيل فيها من جهة الآمِر، لأن أمر الموكّل باق.

قال أحمد: وقد قال محمد في كتاب القِسمة: الوصي الذمي جائز على الصغير المسلم، ما لم يُخرِجْه القاضي منها.

فهذا يدل على أن قوله: لا تجوز وصية المسلم إلى الذمي، على معنى الكَرَاهة(٢)، كما تُكْرَه شركة المسلم الذميّ، لأنه يَسْتَحِلّ(٣) في دِيْنِه ما هو محظور في الشريعة، وتصرف الوصي عام، كتصرف الشريك والمضارِب، فإذا تصرّف جاز تصرّفه، كما يجوز تصرف المضارِب والشريك الذمّيّيْن.

وتفارق الكراهة في باب الوكالة، لأن الوكالة مقصورة على ما سُمّيَ فيها من التصرف.

مسألة: [حكم أكل الوصيّ مِن مال اليتيم]

قال أبو جعفر: (وليس للوصي أن يأكلَ مِن مال اليتيم قرضاً ولا غيرَه) وذلك لقول الله تعالى {ولا تَقْرَبُوا مالَ اليتيم إلا بالتي هي أحسنُ حتى يبلُغَ أشُدَّه}(٤)، وقال تعالى {ولاتأكُلُوها إسرافاً وبِدَاراً أن يكبَرُوا}(٥)

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/١٤١.
(٢) أي أنها تصح لكن مع الكراهة، وقد نص على صحتها غير واحد، كما بين هذا ابن عابدين في حاشيته ٧٠١/٦.
(٣) في الأصل (يستحيل).
(٤) من سورة الأنعام، آية رقم/١٥٢، من سورة الاسراء، آية رقم/٣٤.
(٥) من سورة النساء، آية رقم/٦.

/١٥٩ وذلك عموم في النهي/عن أكل مال اليتيم في سائر الأحوال.

وقال{وأنْ تَقُومُوا لليتامى بالقِسْط}(١)،وقال{قُلْ إصلاحٌ لهم خَيْر}(٢)

وقال تعالى{لاتَأْكُلُوا أموالَكُم بينَكُم بالباطِل إلا أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ مِنكُم}(٣)وذلك ينفي أكلَ مالِ اليتيم قرضاً،وغيره.

فإن قيل:"روى ابنُ لَهِيعَة قال حدثني يزيد بن أبي حبيب قال حدثنا أبو الخير مَرْثَد بن عبد الله اليَزَني أنه سأل ناساً من الأنصار مِن أصحابِ النبي صلى الله عليه وسلم عن قولِ الله تعالى:{ومَنْ كانَ غَنِيّاً فليَسْتَعْفِفْ،ومَن كان فقيراً فليَأْكُلْ بالمعروف}(٤)الآية،فقالوا:فينا نزلت،إن الوصي(٥) كان إذا عَمِلَ في نخل اليتيم،كانت يده مع يده"(٦)

قيل له:يحتمل أن يكون مراده أنهم كانوا يفعلون ذلك قَبْل نزول الآية،ثم نزلت الآية،فمُنِعُوا.

وعلى أن الحديث،لم يُرْوَ إلا من هذا الوجه،وهو إسناد مطعون فيه،من جهة ابنِ لهيعة،لأنه ضعيف عندهم.

والأصول أيضا تردّ هذا التأويل،لأنهم لو أبيح لهم الأكل،لأجل عملهم،لما اختَلَفَ الغنيُّ والفقير فيه،كما يختلفون في استحقاق أجرة ما يستأجرون عليه،فهذا تأويل لا معنى له.

وقد روي عن ابن عباس في تأويل هذه الآية غير مافي حديث ابن لهيعة،وهو"ماحدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا محمد ابن عثمان بن أبي شَيْبة قال حدثنا مِنْجَاب بن الحارث قال حدثنا أبو عامر الأَسَدي قال حدثنا سفيان عن الأَعْمَش عن الحكم عن مِقْسَم عن ابن عباس قال لما نزلت{ومَن كان غنياً فليَسْتَعْفِف} قال:أُمِرَ والي اليتيم أن يستَعْفِف بغِنَاه،فلايأكل من مال اليتيم

---

(١) من سورة النساء،آية رقم/١٢٧.
(٢) من سورة البقرة،آية رقم/٢٢٠.
(٣) من سورة النساء،آية رقم/٢٩.
(٤) من سورة النساء،آية رقم/٦.
(٥) في الأصل (الموصى)،وجاء في أحكام القرآن للمؤلف ٢/٦٤ (الوصي)،وهو الأولى والله أعلم.
(٦) ينظر جامع البيان للطبري ٤/٢٦٠.

شيئاً ،ومَن كان فقيراً ،فليقوّت على نفسه من ماله ،حتى لا يحتاج إلى مال اليتيم "(١)

وروي نحو هذا التاويل عن مجاهد أيضا من قوله.(٢)

فهذا يدل عن أن ماروي في حديث ابن لهيعة معناه : أنهم كانوا يأكلون من مال اليتيم ،إذا عَمِلُوا في نخله ،حتى نزلت الآية ،فنَهَتْهُم عن أكله.

وقد دلّت سنّة رسول الله صلى الله عليه وسلم على صحة ماقلناه ،وهو ما حدثنا محمد بن بكر البصري قال حدثنا أبو داود قال حدثنا أحمد بن سعيد الهَمْدَاني(٣) قال حدثنا ابن وَهْب عن سليمان بن بلال عن ثَوْر بن يزيد عن أبي الغَيْث عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال"اجْتَنِبُوا السبعَ الموبقات،قيل يارسول الله :وماهُنَّ؟قال: الشِّرْكُ بالله،والسِّحْر، وقتلُ النَّفس التي حرَّم الله إلا بالحق،وأكلُ الرِّبا،وأكلُ مال اليَتيم،والتوَلِّي يومَ الزَّحْف،وقَذْف المحصنات الغافلات المؤمنات"(٤)

فعمَّ عليه السلام تحريمَ مال اليتيم،ولم يُخَصِّصْ فيه حالاً من غيرها.

ويدل عليه أيضا قولُ النبي صلى الله عليه وسلم "لا يَحِلُّ مال امرئٍ مسلمٍ إلا بطيبة من نفسه"(٥)

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا الحسين بن عبد الحميد المَوْصِلِيّ وَخَلَف بن عَمْرو قالا حدثنا مُعَلَّى بن مَهْدي قال حدثنا جعفر بن سليمان الضُّبَعِي عن أبي(٦) عامر الخَزَّان عن عَمْرو ابن دينار عن جابر بن عبد الله "أن رجلاً قال يارسول الله :

---

(١) المستدرك للحاكم ٣٠٢/٢ ووافقه الذهبي على تصحيحه ،الدر المنثور للسيوطي ٤٣٦/٢.
(٢) تفسير ابن كثير ٤٥٤/١.
(٣) في الأصل (سعد) والتصويب من كتب السنن.
(٤) هذه رواية أبي داود في سننه ،الوصايا ،باب ما جاء في التشديد في أكل مال اليتيم ٢٩٤/٣،والحديث في الصحيحين،عند البخاري،الوصايا،باب قول الله تعالى {إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما} ٣٩٣/٥،صحيح مسلم ،الايمان،باب بيان الكبائر وأكبرها ٩٢/١.
(٥) تقدم ص/١٩٥،حاشية (٧).
(٦) في الأصل (ابن)،والتصويب من كتب السنن.

مسّم أضربُ يَتيمي؟فقال:ممّا كنتَ ضاربًا منه ولدك،غيرَ واقٍ(١)(٢) مالَك بمالِه،ولا مُتأثل(٣) من ماله مالاً"(٤)

فإن قيل:روى حسين المعلّم عن عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جَدّه أن رجلاً قال يارسول الله:إني فقير ليس لي شيء،ولي يتيم، فقال:كُلْ مِن مالِ يتيمك،غيرَ مسْرِفٍ،ولا مُبَاذِر،ولا متأثّل"(٥).

فقد أباح له أَكْلَ مالِ اليتيم في حال الفقر.

قيل له:يحتمل أن يكون كان ولدُه،وسمّاه يتيماً لفَقْدِه أمَّه، لأنه قد يُسمّى يتيماً مَن فَقَدَ الامَّ صغيراً،ويسمّى به من فَقَدَ الأب، لأن اليتيم هو المُفْرَد مِن أحدِ أبَوَيْه(٦).

وكذلك سُمّيت المرأة التي لازوج لها:يتيمة،إذا كانت مفرَدة عن زوج(٧)،وإذا كان كذلك،اقتضى ظاهرُ اللفظ أن يكون ولدُه،لأنه قال:لِي يتيم،فهو كقوله:لِي ولد لا أمَّ له،فأباح له الأكلَ من ماله،لأنه فقير،ولولده مال،فاستحق عليه النفقة من ماله، وكذلك قولنا فيه.

----

(١) في الأصل (مما أضرب نفسي)،والتصويب من المعجم الصغير للطبراني ص/١١٠(٢٣٦)،وهو عند ابن عدي (مم أضرب منه يتيمي) وعند البيهقي من طريق ابن عدي (مما)،ومن الطريق الآخر (مم).

(٢) في رواية البيهقي ٤/٦" أفأصيب من ماله؟"وبذا يتضح المعنى أكثر.

(٣) في الأصل (ولا ماقل)،والتصويب من المعجم الصغير،والكامل، وسنن البيهقي ومعنى متأثل كما قال ابن الأثير في النهاية ٢٣/١"غير متأثل مالاً أي غير جامع،يقال مال مؤثل أي مجموع ذو أصل"،وقال الخطابي في معالم السنن ١٥١/٤"غير متأثل:أي غير متخذ منه أصل مال".

(٤) أخرجه ابن عدي في الكامل ١٣٩٠/٤،والبيهقي في السنن ٤/٦ من طريق ابن عدي،وذكر له شاهدا،من طريق آخر،باللفظ نفسه، وقال:هذا مرسل،وكأن البيهقي أراد تقوية الحديث بذكر هذا الشاهد،وأخرجه ابن حبان في صحيحه (موارد الظمآن)ص/٥٠١(٢٠٤٨) والطبراني في المعجم الصغير ص/١١٠(٢٣٦) وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ١٦٣/٨"رواه الطبراني في الصغير،وفيه معلى بن ابراهيم،وثقه ابن حبان وغيره،وفيه ضعف،وبقية رجاله ثقات".

(٥) سنن أبي داود،الوصايا،باب ماجاء فيما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم ٢٩٢/٣ وسكت عنه،سنن النسائي،الوصايا، باب ماللوصي من مال اليتيم اذ قام عليه ٢٥٦/٦،سنن ابن ماجه الوصايا،باب قوله {ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف} ٩٠٧/٢ قال الحافظ ابن حجر في الفتح ٢٤١/٨ "اسناده قوي".

(٦) "اليتم بالضم:الانفراد،وهذا هو أصل المعنى،أو هو فقدان الأب"كما في القاموس،وشرحه تاج العروس (يتم)،وقال الراغب في المفردات ص/٥٥٠ "كل منفرد يتيم"

(٧) لسان العرب (يتم).

فإن/قيل قد روي "عن ابن عباس أنه إذا احتاج وَضَعَ يده، فأكَل من طعامه، ولا يَلبَس منه ثوباً"(١). /١٦٠

وروي عن "عمر بن الخطاب أنه قال: يايَرْفَأ(٢): إني أنزلتُ مالَ الله بمنزلة مال اليتيم، إن احتجتُ أخذتُ منه، وإن أيسرتُ رَدَدتُه، وان استَغْنَيْتُ استَعففتُ"(٣)

وروي عن عَبِيْدَة السَّلماني وأبي العَالية أنه يأخذه قرضاً(٤)، واستشهدوا بقوله {فإذا دَفَعْتُم إليهم أموالَهم فأشهِدُوا عليهم}(٥)

"وقال الشعبي: هو بمنزلة المَيْتة، يتناولها عند الضرورة، فإذا أيسرَ قَضَاه، وإذا لم يوسِر، فهو في حِل"(٦)

قيل له: يحتمل أن يكونوا أباحوا أخذَه قرضاً عند الضرورة، كما يأخذه من مال غيره حين يخاف التَّلَف على نفسه، وكذلك نقول فيمَن خاف على نفسه التَّلف من الجوع، وَوَجَدَ مالَ يتيمٍ، لم يجد غيرَه، فله أن يتناولَه ويَضْمَنَه.

وقد روى أبو جعفر في كتابه في أحكام القرآن عن أبي حنيفة: أنه يأخذه قرضاً عند الحاجة، ثم يُقْضيه، كما روي عن عمر وعَبِيْدَة وأبي العَالية.

ولا أعرف هذه الرواية إلا من جهة أبي جعفر، فأولى الأشياء بنا، حَمْلُ معنى الآية إذْ كانت متشابهة على المُحْكَم الذي لاتشابه فيه، وهو قوله: {ولا تقربوا مالَ اليتيم إلا بالتي هي أحسن}(٧) وقوله تعالى {ولا تأكلوها إسرافاً وبِدَاراً أن يَكْبَرُوا}(٥)

---

(١) سنن البيهقي ٤/٦، الدر المنثور ٤٣٦/٢، وذكر ابن حجر في الفتح ٣٩٢/٥ أن أصح الأقوال عن ابن عباس أنه قال: أكل بقدر الحاجة.

(٢) "اسم حاجب عمر رضي الله عنه، بفتح تحتانية، وسكون راء، وفتح فاء، وبهمزه وتركها" اهـ من المغني في ضبط أسماء الرجال للفتني ص/٢٧٥.

(٣) سنن البيهقي ٥/٦، الدر المنثور ٤٣٦/٤.

(٤) قول عبيدة أخرجه الطبري في جامع البيان ٢٥٥/٤، وفي ٢٥٧/٤ قول أبي العالية.
وأبو العالية هو رفيع بن مهران الرياحي، البصري، الاما الفقيه المقرىء، الحافظ المفسر، من كبار التابعين، توفي رحمه الله سنة/٩٣ هـ، له ترجمة في السير ٢٠٧/٤.

(٥) من سورة النساء، آية رقم/٦.

(٦) جامع البيان للطبري ٢٥٦/٤.

(٧) من سورة الأنعام، آية رقم/١٥٢، من سورة الاسراء، آية رقم/٣٤.

قال أبو جعفر: وروي عن أبي يوسف أن قوله تعالى {فليأكل بالمعروف}(١) يجوز أن يكون منسوخاً بقوله {لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}(٢)(٣) ذكره في أحكام القرآن.

مسألة: [تصرّف الوصيّين في مال اليتيم]

قال أبو جعفر: (وللوصيّين أن يأخذا مال اليتيم، فيكون في يد كل واحد منهما النصف، إن كان مما يقسم، وإن كان مما لايقسم كان في يد كل واحد منهما يوماً بالمهايأة، ولهما أن يودعاه إن شاءا ذلك)

وذلك لأنهما مأموران بالامتثال والحفظ، فلهما أن يحفظاه على حسب الإمكان.

* * * *
* * *

---

(١)(٢) من سورة النساء، آية رقم/٦، رقم/٢٩ على الترتيب.
(٣) ومثل هذا عن ابن عباس رضي الله عنهما قال {فليأكل بالمعروف} نسختها {إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما} كما في الدر المنثور ٤/٤٣٧-٤٣٨.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوَدِيْعَة

قال أبو جعفر: [الوديعة أمانة لاتُضْمَن]

(والوديعةُ أمانةٌ غيرُ مضمونة)

قال أبو بكر أحمد: ولا اختلاف فيه بين فقهاء الأمصار،(١) وقد حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا إسماعيل بن الفُضَيْل قال حدثنا قُتَيْبَة قال حدثنا ابن لَهِيْعَة عن عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:

"مَن استُودِعَ وديعةً، فلا ضمان عليه"(٢)

"وروى أبو الزبير عن جابر(٣) أن رجلاً استُودِعَ متاعاً، فذَهَبَ مِن بين مَتَاعه، فلم يُضَمِّنه أبو بكر الصديق، وقال هي أمانة"(٤)

فإن قيل "روى الشعبي عن أنس قال: استحمَلَنِي رجلٌ بِضَاعة، فضاعَت مِن بين ثيابي، فضَمَّنَنِي عمرُ بن الخطاب"(٥)

"وروى هشام بن حسَّان عن أنس بن سيرين عن أنس بن مالك قال: استُودِعتُ ستةَ آلاف، فذهَبَتْ، فقال عمر: ذَهَبَ لكَ معها شيء؟ قلتُ: لا، فضمَّنني"(٦)

قيل له: يحتمل أن يكون خالَف أمر المودِع خلافاً يوجِب عليه الضَّمان، فأخَذَه عمر باعترافه بالخِلاف، وألزَمَه الضمان.(٧)

ويدل على نفي ضمانها قولُ الله تعالى {ما على المُحْسِنِين مِن سبيل}(٨) وهو مُحْسِن في حفظ مال أخيه المسلم إذا استَحْفَظه إياه.

وقال {وتعاوَنُوا على البِرِّ والتَّقْوَى}(٩)

---

(١) الإشراف لابن المنذر ٢٥١/١، بداية المجتهد ٣١١/٢.
(٢) سنن الدار قطني ٤١/٣ وقال: "عمرو، وعبيد ضعيفان، وانما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع" اهـ. سنن ابن ماجه، الصدقات، باب الوديعة ٨٠٢/٢ وفي الزوائد "اسناده ضعيف لضعف المثنى، والراوي عنه" اهـ. سنن البيهقي ٢٨٩/٦ وقال إسناده ضعيف.
(٣) في الأصل (بن)، والتصويب من أحكام القرآن للمؤلف ٢٠٧/٢، سنن البيهقي ٢٨٩/٦.
(٤) سنن البيهقي ٢٨٩/٦ من طريق سعيد بن منصور في سننه، واسناده ضعيف، كما في التلخيص الحبير ٩٨/٣.
(٥)(٦) مصنف عبد الرزاق ١٨٢/٨، سنن البيهقي ٢٨٩/٦-٢٩٠.
(٧) وقال البيهقي في سننه ٢٩٠/٦ "يحتمل أنه كان فرط فيها، فضمنها اياه بالتفريط" اهـ.
(٨) من سورة التوبة، آية رقم/٩١.
(٩) من سورة المائدة، آية رقم/٢.

مسألة: [ضمان المودَع إن لم يردّ الوديعةَ بطلب المودِع]

قال أبو جعفر: (ومَن أَوْدَعَ رجلاً شيئاً، ثم سألَه الردَّ إليه، فأَبَى ذلك عليه، ومَنَعَه، ضَمِنَه)

وذلك لأنه صار غاصباً بالمَنْع، إذ ليس له الإمساك في هذه الحال، كما ليس للغاصب ذلك، فضَمِنَ، وقد قال الله تعالى: {إِنَّ اللهَ يأمُرُكم أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إلى أهلِها}(١)

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "المِنْحَةُ مردودة"(٢) فإن لم يردَّها عند المطالبة بالردّ، صار بمنعه ضامناً.

مسألة: [حكم سفر المودَع بالمال]

قال: (وللمودَع أن يخرج بالمال)، لأنه قد أمره بالحفظ على الإطلاق، فله أن يحفظه كيف شاء، في السفر والحَضَر.

قال أحمد: قد روى بِشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن له أن يحمِلَها معه / في السفر، وإنْ كان لها حَمْل ومُؤْنَة. وقال أبو يوسف: إن كان شيئاً كبيراً يلزم في حَمْله مؤنة عظيمة، ضَمَّنَه إن أخرجها إلى بلد آخر. ١٦١/

وروى هشام عن محمد: أنه إن كان له حَمْل ومؤنة، ضَمِنَ بالإخراج إلى سفر، وإن لم يكن له حَمْل ولا مؤنة، لم يَضْمَن.(٣)

مسألة: [حكم دفعِ المودَعِ الوديعةَ إلى عِيَاله]

قال أبو جعفر: (وله أن يدفَعَها إلى مَن شاء مِن عِياله)، وذلك لأنه مأمور بالحفظ، وهو لا يصل إليه إلا بعياله، فقد تضمَّن أمرُه بالحفظ دفعه إلى عياله.

قال: [حكم مخالفةِ المودَع المودِع]

(وإن نهاه المودِع أن يخرج به، فخرج به، ضَمِنَ)، وذلك لأن لنهيه

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/٥٨.

(٢) تقدم ص/٣٢٥، حاشية (١).

(٣) قال الميداني في اللباب ١٩٩/٢ "وظاهر الهداية ترجيح قولهما، بتأخير دليلهما" اهـ والمسألة في الهداية ٢١٧/٣.

فائدة، فعَمِلَ النهي، ألا ترى أن حالَ السفر أكثر غَرَرًا من الحضر، فإذا خَرَجَ به لم يكن ممسكًا له بالأمر، فضَمِنَ.

قال: (وإن نهاه أن يدفَعَه إلى أحد من عياله، فدفَعَه إليه، فإن كان لا بُدَّ له منه، لم يَضْمَن، وإن كان له منه بُدٌّ، ضَمِنَ)

وذلك أنه إذا لم يكن له منه بُدٌّ، فنهيه لَغْوٌ مع الأمر بالإمساك والحفظ، إذ لا يَصِلُ إلى حفظه إلا بذلك، ألا ترى أنه لو نهاه أن يضعه في بيته، أو في صُنْدُوقه، لم يعمل نهيه، لأنه لا يَصِلُ إلى الحفظ إلا من هذا الوجه.

وإن كان له منه بُدٌّ، صار كالأجنبي، فَعَمِلَ نهيُه، كما يعمل في دفعه إلى الأجنبي.

قال: (فإن أمَرَه أن يجْعَلَها في داره، ونهاه أن يجعلها في دارٍ أخرى، عَمِلَ نهيه)، لأنه قد يُتَوَصَّلُ إلى حفظها بوضعها في الدار المأمور بوضعها فيها، والدَّارَان قد تختلفان في الحِرْز والحَصَانة.

ويدل على اختلاف حكمهما، أنه لو سَرَق من إحدى الدَّارَيْن، فأخرجه إلى الأخرى قُطِعَ، فصارتا حِرْزَيْن مختلِفَيْن.

وليس ذلك مثل البَيْتَيْن في دارٍ واحدة، فلا يعمل نهيُه، لأنهما لا يتفاوتان في كونهما حِرْزين، بل هما حِرز واحد، فكأنهما بيت واحد.

ألا ترى أنه لو سَرَقَ من أَحَد البيتَيْن، فأخرجه إلى الآخر، لم يُقْطَع، فكانا جميعًا حِرْزًا واحدًا، فصار كقوله: ضَعْها في هذا الجانب من البيت، ولا تَضَعْها في الجانب الآخر، فلا يعمل نهيُه، كما لو قال: ضَعْهَا في هذا الموضع من الصُّنْدُوق، ولا تَضَعْها في الجانب الآخر، [أ] وقال(١) أمْسِكْهَا بيمينك دون يَسَارك، لم يعمل نهيُه، ولم يَضْمَن لمخالفته إياه.

---

(١) في الأصل (وقال).

مسألة: [حكم الوديعة إن مات المودَع مجهلاً لها]

قال أبو جعفر: (من مات وعنده وديعة لا تُعرف بعَيْنِها، ولم يُعْلَم لها ضياع منه في حياته، ولم يُعلَم مَن الذي كانت في يده ودَعوى الضياع، أو الردّ، فقد صارت دَيْنًا في ماله).

قال أبو بكر أحمد: وذلك لأن الأصل أنها باقية في يده إلى أن مات، لأنّا لا نَعلَم الهلاك، بل قد حكمنا به مالاً للميت، لأنّا في حكمنا بجميع ما في يده مِلكاً له، فقد ملّكْنَاه الوديعةَ، ولا يجوز أن نُمَلّكه مالَ الغير بغير بدل، فلذلك لزِمه ضمانه.

وأيضا فإنه حين أمكنه البيان في حياته، فلم يبيِّن، صار مضيِّعاً لها، والمودَع يضمن بالتضييع.

قال أبو جعفر: (ولو عُلِمَ سلامتها بعد موت المودَع، ووقوعها في يد وصيِّه، صار الوصي مؤتَمَناً فيها، وكان في الأمانة فيها كالميت في ذلك)، وذلك لأنها لما عُرِفَتْ بعَيْنِها بعد الموت، لم يحكم لها مالاً للميت، ولم يقع من الميت أيضا تفريط يؤدي إلى تَلَفِها، ولَمّا حصل في يد الوصي، قام مقام الميت في حفظها، لأن يده يد الميت، وله إمساكها، فلم تُضمَن.

مسألة: [طلب أحد المودِعِيْن نصيبه من الوديعة]

قال أبو جعفر: (ومَن استودعه ثلاثة نفر(١) ألفَ درهم، ثم جاء أحدهم يطلب حصته فيها، ولم يحضُر صاحِبَاه، لم يكن عليه أن يعطيه منها شيئاً في قول أبي حنيفة)

قال أحمد: قد ذَكَر أبو الحسن رحمه الله في المختصر: الدوابَّ والثيابَ والعبيد على الخلاف بمنزلة الدراهم، وذلك لأن كلّ جزء منه بينهم، فليس يخلو ما يأخذه الحاضر مِن أن يكون نصيبه، فيتميّن بالأخذ نصيبه من نصيب صاحبه، وتقع القسمة فيه، وأن يكون كل جزء مما يأخذه بينه وبين صاحبه على ما كان، فإن أوقعنا القسمة، كُنّا قد قسمناها على الغُيَّب من غير حضور

---

(١) في الأصل (ثلاث)، والتصويب من المختصر ص/١٦٤، وينظر تاج العروس (نفر).

وكيل لهم في القسمة، ولا يجوز للمودَع أن يقاسم عليهم، لأنه لم يوكَّل بالقسمة.

وإن كان ما يأخذه الحاضر بينهم على الشركة، فقد أعطاه نصيبَ الغائب بغير إذنه، /وهذا لا يجوز. ١٦٢

(وقال أبو يوسف ومحمد: يعطيه نصيبَه) على شريطة سلامة الباقي للغائبَيْن، فإن حضَرَا، فأخَذَا نصيبَهما، سُلِّم للأول ما أخذه وإن تَلِفَ الباقي قبل أن يقبضا حقَّهما، شارَكَا الأول فيما قبَضه، كدَيْنٍ بين ثلاثة رجال على رجل، فحَضَر أحدُهم، فإنه يقضي له بنصيبه، فإن حضر الغائبَان، فأخَذَا نصيبَهما من الغريم فذاك، وإلا رَجَعَا على القابض فشارَكَاه فيما قبَض.

والانفصال لأبي حنيفة من مسألة الدين، أنّ ما يأخذُه الحاضرُ من العَيْن فهو بينهما، وما يأخذه من الدَّيْن فهو نصيبه خاصة، إلا أن لصاحبه فيه حق الشريك.

ألا ترى أن هذه العين كانت مِلكاً للغريم قبل تسليمها إلى الحاضر، فإذا مَلَّكَها إياه على أنها نصيبَه، كانت مِلكاً له ولصاحبه فيه حق الشركة، لامتناع جواز قسمة الدَّيْن.

وكان شيخُنا أبو الحسن رحمه الله يحكي عن محمد أنه قال: قول أبي حنيفة في هذه المسألة أَقْيَسُ، وقول أبي يوسف أَوْسَعُ.

مسألة: [ضمان وديعةٍ أودعها المودَعُ آخرَ، فضاعت]

قال أبو جعفر: (ومَن استودَعَ رجلاً وديعةً، فأودَعَها المودَع رجلاً آخر، فضاعت منه، فإن لصاحبها أن يُضمِّنَها المودَع الأول، وليس له أن يضمِّنَها المستودَع الثاني، في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمنها أيَّهما شاء، فإن ضمَّن الأول، لم يرجِعْ على الثاني، وإن ضمَّن الثاني، رَجَعَ على الأول)

وجه قول أبي حنيفة: أن قبض الثاني واقع للأول، بدلالة أن ما يَلحَقُه به من الضمان يَرجعُ به عليه، ولا يجوز أن يتعلَّق بقبضٍ واحدٍ، ضمانٌ على اثنَيْن، وذلك لأن الضمان سببٌ يتعلق به حكم التمليك، فلا جائزٌ تعلُّق هذا المعنى على اثنَيْن بقبض

واحد،كما لا يجوز أن يتعلَّق بعقدٍ واحد حُكم الملك لاثنَيْن في جميع المعقود عليه.

وليس هذا كالغاصب إذا أُودِعَ،فيكون للمغصوب منه أن يضمِّن أيَّهما شاء في قولهم،مِنْ قِبَل أن هناك قبضَيْن،تعلَّق الضمان فيه بكل واحد على حِدَة،وفي مسألتنا قبض واحد.

فإن قال قائل:هلَّا ضمَّنت المودَع الأول بالتسليم،والثاني بالقَبْض.

قيل له:تسليمه إليه لا يوجب الضمان ما لم يقبض الثاني. فعلمنا أن الموجِب للضمان هو قبض الثاني.

وأيضاً فلما كان قابضاً له،سقط فيه اعتبار الضمان بالتسليم،وتعلَّق الضمان بالقبض،وقد وَجَبَ به الضمان على الدافع،فامتَنَع وجوبُه على المدفوع إليه كما وصفنا.

فإن قيل:فلو دَفَعَ إلى رجلٍ دراهم يشتري له بها عبداً، فاشترى بها أمةً، أو دابَّةً، أو شيئاً مما يخالف فيه الآمِر، وسلَّمَها إلى البيِّع،كان للموكِّل أن يضمِّن إن شاء الوكيل،وإن شاء البيِّع،ومعلوم أن الوكيل إنما ضَمِنَها بقبض البيِّع،وكذلك البيِّع تعلَّق عليه الضمان بذلك القبض بعينه،فقد صار قبضاً واحداً،موجِباً للضمان على اثنَيْن.

وكذلك لو أن رجلاً أَكْرَه رجلاً حتى يسلِّم ماله إلى رجل،فسلَّمه، والقابضُ غيرُ مُكْرَه،كان للمُكْرَه أن يضمِّن أيَّهماشاء،إن شاء ضَمَّن الذي أَكْرَه،وإن شاء ضَمَّن القابض،فقد تعلَّق بقبضٍ واحد الضمان على اثنين.

قيل له:ليس هذا من مسألتنا في شيء،مِن قِبَل أنَّا قد بيَّنَّا في بَدْء اعتلالنا،أن المودَع الثاني قابض للأول،فامتنع أن يجب بقبضه الضمان على الثاني،وقد وَجَبَ به الضمان على الثاني. وفيما سألتَ (١): البيِّع قابض لنفسه على الأول.

---

(١) أي وجواب ما سألت عنه فيما لو دفع الى رجل دراهم...كذا.

ألا ترى أن ما يلحقه من الضمان لا يرجع به على الآخر،فلم يمنع وجوب الضمان على القابض بقبضه،وعلى الآخر،وكذلك القابض من المُكرَه قَبَضَه لنفسه بالتسليم،إذ لم يكن تسليمه واقعاً لنفسه.

وفي مسألة المودَع،(١) التسليم واقع للأول،وقد وَجَب الضمان عليه بقبض الآخر،فسقط اعتبار حكم التسليم،فلذلك افترقا.

(وقال أبو يوسف ومحمد:يضمّن الأولَ بالتسليم،والثاني بالقبض).

مسألة: [حلف المودَع في مدَّعِيَيْن لوديعةٍ أيّهما أودَعه]

قال أبو جعفر:(ومَن كان في يده ألف درهم،فحَضَره رجلان،كلّ واحد يدَّعي أنه أودَعه،فقال أودَعَني أحدُكُمَا،ولا أدري أيّكما هو،فإنه يُستَحلَفُ لهما)

وذلك أن كلّ واحد منهما لو أقَرَّ له به على انفراد،صحّ إقراره له،(فإذا حَلَفَ لهما بَرِئ،ولم يكن لهما غيرُ الألف التي في يده)،لأنه لم يُقِرّ بغيرها.

قال:(فإن أبَى أن يحلف لهما،كانت الألف بينهما،وغَرِمَ لهما مثلها،وكانت بينهما).

وذلك لأن النُّكُول بمنزلة الإقرار،فصار كإقراره لكلّ واحدٍ منهما،فيستَحِقّانه نصفَيْن،ثم يغْرَم لهما ألفاً أخرى،لأنّ كل واحدٍ منهما يقول/قد استهلكتَ عليَّ ما أقررتَ به للآخر. /١٦٣

* * * *
* * *

---

(١) في الأصل (مسألتنا).

بسم الله الرحمن الرحيم

باب قِسْمَة الغَنَائِم والفَيء (١)

قال أبو جعفر: [في الغنيمة الخُمُس]

(وفي الغنيمة الخُمُس التي ذكر الله تعالى فيها، يُوضَع في مواضعه التي يَجِبُ وَضْعُه فيها) وذلك لقول الله تعالى {واعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِن شيءٍ فأَنَّ لله خُمُسَه} (٢) الآية.

قال أبو جعفر: [قسمة الخُمُس]

(والمشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه يُقْسَم على ثلاثة أصناف، وهي اليَتَامى، والمساكين، وأبناء السبيل.

قال: وقد روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يُقْسَم في ذي القُربى، واليتامى، والمساكين، وابن السبيل).

قال أحمد: اختلف السلف في قسمة سهام الخمس في الأصل: (٣)

فقال قائلون: كانت القسمة على ستة أسهم: سهمٌ لله، وسهم للرسول، وسهم لذوي القُربى، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل.

فقالوا: السهم الذي كان لله، يُصْرَف إلى الكعبة.

وقال آخرون: لم يكن لله سهم مفرَد في الخُمُس، وذِكْرُ الله له في هذا الموضع له وجهان:

أحدهما: على جهة التبرّك بذكر الله، وافتتاح الكلام به، كما يُبْتَدَأ باسم الله في سائر الأمور تبرّكاً، فابتَدَأ بذكر اسم الله لنفعل مثله في أمورنا تبرّكا به.

والآخر: أنه أخبر أن الخُمُس لله، بمعنى أنه مصروفٌ في جهات القُربة إلى الله، ثم بيّن جهات القُربة إليه، وفسّرها بما ذكر بعد، قالوا: فكانت القسمة في الأصل على خمسة.

---

(١) "الغنيمة اسم لما أخذ من أموال المشركين بقتال... وأما الفيء فهو: كل ما صار من أموال المشركين الى المسلمين بغير قتال" كما في أحكام القرآن للجصاص ٧٤/٣، وينظر الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٣٧/٤، المغرب ١١٤/٢.

(٢) من سورة الأنفال، آية رقم/٤١.

(٣) بحث المؤلف رحمه الله هذه المسألة في أحكام القرآن ٦٠/٣-٦٦، وذكر أصحاب كل قول بتوسع، وينظر جامع البيان للطبري ١/١٠.

[قسمة سهم الرسول صلى الله عليه وسلم]

ثم اختلفوا بعد ذلك في سهم الرسول بعد موته:

فقال قائلون من السلف: هو لقَرَابته مِن بعده.

وقال آخرون: هو لخليفته مِن بعده.

وقال الحسن بن محمد بن علي رضي الله عنهم (١): أجمعوا على صرف هذَيْن السَّهْمَيْن في السِّلاح والكُرَاع (٢) في سبيل الله، يعني سهم الله، وسهم الرسول.

وقال آخرون: سَقَطَ سهم الرسول بموته، كما سَقَطَ سهمه مِن جملة الغنيمة، ومن الصَّفِيّ (٣). ولأن السهم إنما يستحقه الحيّ، ثم يُورَث عنه بعد صحة مِلكه، أو يموت حقّه فيه، فأما بعد الموت، فلا يستَحِق أحدٌ سهمًا، لاتفاق الجميع (٤) على سقوط سائر ما كان له في حياته من السهام.

[قسمة سهم ذوي القُربى]

ثم اختلفوا في سهم ذوي القُربى:

فكان مِن أصحابنا مَن يقول: إنما كان ذلك لقَرابة النبي صلى الله عليه وسلم، الذين نَصَرُوه، فكانوا يستحقّون السَّهْم لمعنَيَيْن: النُّصْرة، والقَرابة جميعاً.

واستدل مَن قال ذلك: بأن "عثمان بن عفّان، وجُبَيْر بن مُطْعِم لما سَألا النبيَّ صلى الله عليه وسلم عن اختصاصه بذلك بني المطلب، دون بني عبدِ شَمْس، وبني نَوْفَل، وقالا: أما بنو هاشم فلا

---

(١) الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب الهاشمي، المدني، أبوه ابن الحنفية، ثقة فقيه، من التابعين، توفي رحمه الله سنة مائة أو قبلها بسنة، له ترجمة في طبقات ابن سعد ٣٢٨/٥، تقريب التهذيب ص/١٦٤ (١٢٨٤).

(٢) "الكراع: سمي به الخيل خاصة، وعن محمد - بن الحسن -: الكراع: الخيل والبغال والحمير". كما في المغرب ٢١٥/٢.

(٣) الصفي: ما كان يأخذه رئيس الجيش، ويختاره لنفسه من الغنيمة قبل القسمة، ومن هذا صفية بنت حيي، اصطفاها صلى الله عليه وسلم له من غنيمة خيبر، كما في النهاية لابن الأثير ٤٠/٣ المغرب ٤٧٦/١، وينظر سنن أبي داود، الخراج، باب ما جاء في سهم الصفي ٣٩٧/٣.

(٤) لم أقف على تخريجه.

يُنكِر فَضْلَهم،لقَرابَتِهم منك،ونحن وبنو المطلب سواء في القُرْب منك؟فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم:إن بني المطلب لم يفارِقُوني في جاهليةٍ ولا إسلام"(١)(٢)

فأخبرَ أنهم استحقّوا السهمَ بالنُّصْرة والقَرابة جميعاً،فلما لم يجتمعا،لم يستحقّوه،فمَن جاء بعد ذلك من القرابة،فقد عُدِمَت منه النُّصرة،فحينئذ إنما يستحقه بالفَقْر دون غيره،ولا حق للأغنياء فيه.(٣)

وقال آخرون مِن أصحابنا:إن سهمَ ذوي القربى في الأصل لم يَجِبْ إلا للفقراء منهم،ولم يكن قطّ مستَحَقّاً باسم القَرابة،دون الفَقْر.

قالوا:والدليل على ذلك أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم أعطى بني المطلب،ولم يعطِ بني عبدِ شَمْس،ولا بني نَوْفَل،وهم جميعاً في محلٍّ واحدٍ من القرابة،ولو كان مستَحَقّاً بالقُرب،لاستحقّه الجميع،لتساويهم فيه.

ومن الدليل عليه أيضاً أن الخلفاءَ الراشدين،وهم الخلفاء الأربعة،لم يُعْطوا مِن سهم ذوي القُربى الأغنياءَ منهم،وإنما أَعطَوا الفقراء.(٤)

---

(١) "كان عثمان رضي الله عنه من بني عبد شمس،وجبير رضي الله عنه من بني نوفل،وعبد شمس ونوفل وهاشم والمطلب، سواء الجميع بنو عبد مناف،فهذا معنى قولهما:ونحن وهم منك بمنزلة واحدة،أي في الانتساب الى عبد مناف"كما في الفتح لابن حجر ٢٤٥/٦.

(٢) أخرجه البخاري باختصار في صحيحه،فرض الخمس،باب:ومن الدليل على أن الخمس للامام ٢٤٤/٦،وأخرجه أبو داود في سننه،الخراج،باب في بيان مواضع قسم الخمس ٣٨٢/٣،سنن النسائي،قسم الفيء ١٣١/٧ وفيه لفظ المؤلف"لم يفارقوني في جاهلية ولا اسلام"قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٠١/٣ عن رواية أبي داود والنسائي"قال البرقاني:وهو على شرط مسلم".

(٣) وبهذا قال الكرخي،وقيل هو الصحيح،كما في الهداية مع الفتح ٣٤٧/٥-٣٤٨ وهو الذي نصره الجصاص،والقول الآخر الذي سيذكره المصنف،هو قول الطحاوي.
قال الخوارزمي في الكفاية ٣٤٨/٥ "قول الكرخي هو أنهم يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة،وبعده بالفقر أي يسقط الأغنياء بعد موته،ولا يسقط الفقراء،وهو الأصح وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط أيضا"ا.هـ

(٤) كما سيأتي في الصفحة التالية.

قال ابن عباس فيما كَتَبَ به إلى نَجْدَة(١): "وسألتَ عن سهم ذوي القُربى لِمَنْ هو؟[وهو لنا أهل البيت](٢)،وقد كان عُمَرُ دعانا إلى أن يُنْكِحَ منه أَيِّمنا(٣) ويَحْذِيَ(٤) منه عائِلَنا(٥)،ويَقضي منه غارِمَنا، فأَبَيْنا عليه إلا أن يسلِّمه لنا،وأبى ذلك علينا قومُنا"(٦)

"وقال محمد بن إسحاق،سألتُ أبا جعفر محمد بن علي رضي الله عنه فقلت:ما صَنَعَ علي في سهم ذي القُربى حين وُلِي؟فقال سَلَكَ به سبيلَ أبي بكر وعمر"(٧)

وإذا ثبت ذلك عن الخلفاء الراشدين،صار بحيث لا يمتنع خلافه،لقول النبي صلى الله عليه وسلم:"عليكم بِسُنَّتي،وسُنَّة الخلفاء الراشدين مِن بعدي،تمسّكوا بها،وعضّوا عليها بالنّواجذ"(٨)(٩)

فلو لم يكن فيه غير اتفاق هؤلاء لكان فيه غَنَاء وكفاية/عن ١٦٤

الاحتجاج بغيره،وهذا عندنا مما لايسوغ الاجتهاد في مخالفته.

ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم"اقتَدُوا بالذَّيْن

---

(١) نجدة بن عامر الحروري،من الخوارج،انفرد عن سائر الخوارج بآراء،وخرج على عبد الله بن الزبير،مستقلا باليمامة ثم استقر في البحرين،وحارب جيش مصعب بن الزبير، وانتصر عليه،وأقام نحو خمس سنين،ثم قتله أصحابه بعد أن نقموا عليه لأمور،وقيل:قتله أصحاب ابن الزبير،وأخباره كثيرة،توفي سنة/٦٩هـ،له ترجمة في لسان الميزان ١٤٨/٦،الأعلام ١٠/٨.

(٢) ساقطة من الأصل،وقد أثبتها من سنن النسائي،قسم الفيء ١٢٩/٧،وبه يتم تسلسل الكلام.

(٣) "الأيامى:الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء،الواحد منهما أيم،سواء كان تزوج من قبل أو لم يتزوج"اهـ،مختار الصحاح (أيم).

(٤) في الأصل (يخدم)،والتصويب من سنن النسائي ١٢٩/٧،ويحذي من أحذيته،اذا أعطيته،النهاية ٣٥٨/١.

(٥) العائل:الفقير،مختار الصحاح (عيل).

(٦) صحيح مسلم،الجهاد،باب النساء الغازيات ١٤٤٦/٣،سنن النسائي،قسم الفيء ١٢٩/٧،سنن أبي داود،الخراج باب في بيان مواضع قسم الخمس ٣٨٤/٣ وسكت عنه.ولفظ المؤلف قريب جدا من لفظ النسائي.

(٧) سنن البيهقي ٣٤٣/٦،ونقل عن الامام الشافعي ضعف هذه الرواية من ناحية المعنى.

(٨) أي تمسكوا بها،كما يتمسك العاض بجميع أضراسه، النهاية ٢٠/٥.

(٩) جزء من حديث رواه أبو داود في سننه،السنة،باب في لزوم السنة ١٤/٥،وسكت عنه،سنن الترمذي،العلم،باب ماجاء في الأخذ بالسنة ٤٤/٥ وقال حديث حسن صحيح،سنن ابن ماجه،المقدمة ١٦/١ المستدرك للحاكم ٩٦/١ ووافقه الذهبي على تصحيحه.

من بعدي أبي بكر وعمر"(١)

فما اتفقا عليه فهو الحق،بقول النبي صلى الله عليه وسلم.

فإن قال قائل:"قوله تعالى{وللرَّسُول ولذي القربى واليتامى}(٢) يقتضي عمومُه وجوبَ السهم للفقراء والأغنياء منهم.

قيل له:هذا عندنا ليس بعموم(٣)،بل هو مجمَل لا يصح الاحتجاج به،لِمَا نبيِّنه إن شاء الله.

وعلى أنه لو كان عموماً،لكان ما قدمناه من الدلائل يخصه.

وإنما قلنا إنه ليس بعموم،وأنه مجمَل موقوف الحكم على البيان،مِن قِبَل أن قوله{ولذي القربى}لا يختصُّ بقرابة النبي صلى الله عليه وسلم دون قرابة غيره،إذ كان الاسم يتناول الجميع،ألا ترى أنَّ قولَه تعالى{وإذ أَخَذْنَا ميثاقَ بني إسرائيل لا تعبدون إلا اللهَ وبالوالدين إحساناً وذي القربى}(٤) لم يختص بقرابة نبي،دون غيره من الناس.

وقد كان يجوز أن يكون المراد به قرابة الخليفة،أو قرابة الغانِمين،أو أمير الجيش.

وروى قتادة عن الحسن أن المراد به قرابة الخلفاء.(٥)

فلما لم يكن في الآية دلالة على تخصيص قرابة النبي صلى الله عليه وسلم بذلك دون غيرهم،حَصَلَ اللفظُ مجملاً،مفتَقِراً إلى البيان،فسقط الاحتجاج بعمومه.

فإن قيل:"قد أعطى النبي صلى الله عليه وسلم العباس من سهم ذوي القربى،وكان من الأغنياء.(٦)

---

(١) سنن الترمذي،المناقب،باب مناقب أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ٦٠٩/٥ وقال حديث حسن،سنن ابن ماجه،المقدمة،باب فضائل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ٣٧/١،المستدرك ٧٥/٣ ووافقه الذهبي على تصحيحه.
(٢) من سورة الأنفال،آية رقم/٤١.
(٣) العام:هو كل لفظ ينتظم جمعا من الأسماء،لفظا ومعنى.أصول السرخسي ١٢٥/١.
والمجمل:لفظ لا يفهم المراد منه إلا باستفسار من المُجْمِل، وبيان من جهته.أصول السرخسي ١٦٨/١.
(٤) من سورة البقرة،آية رقم/٨٣.
(٥) جامع البيان للطبري ٧/١٠.
(٦) قال ابن حجر في التلخيص الحبير١٠١/٣"ذكره الشافعي"اهـ وهو في مختصر المزني ص/١٥١.

فدل أن الغنيَّ منهم يستحقه،وأنه غير مخصوصٍ بالفقراء.

قيل له:ليسَ معنا يقينٌ بأن العباسَ كان غنياً في الحال التي أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم مِن سهم ذوي القربى. وليس كونه كان غنياً في وقتٍ ما،يوجب أن يكون غنياً أبداً.

وأيضا فجائز أن يكون أعطاه ليفرِّقه على فقراء بني هاشم.

وإن صحَّ أنه أعطاه وهو غني،وأنه أَخَذَه لنفسه،كان وجهه أنه اجتمع له النُّصْرة،والقرابة،فاستَحَقَّه في حال الغِنَى والفقر.

ومن الدليل على أنه مستَحَقٌّ بالفقر دون غيره بعد النبي صلى الله عليه وسلم،أنَّا وَجَدْنَا سائرَ مَن ذُكِرَ مع ذوي القربى في الآية لم يستَحِقُّوه إلا بالفقر،وهم اليتامى والمساكين وأبناء السبيل،والمعنى فيه أنه سهم من الخُمُس،وكلٌّ جزء من الخُمُس لا يجوز أن يُسْتَحَقّ الا بالفقر.

ويدل عليه أيضا ماروي في الأَثَر"أنَّ آلَ محمدٍ لما مُنِعُوا الصَّدَقة،جُعِلَ لهم سهم من الخُمُس".(١) فلما أُبْدِلُوا من الصدقة سهماً،وكانت الصدقة مقصورة على الفقراء،وَجَبَ أن يكون السهم الذي أُقيم مقامَه،مقصوراً على الفقراء منهم دون غيرهم.

ويدل على ما ذكرنا أيضا"ماروي أنه قيل يارسول الله: ماتقول في الغنيمة؟قال:خُمُسُها لله،وأربعةُ أخماسها للجيش"(٢)

فقوله"الخمس لله"يدل على أنه مصروف في الفقراء،لأن ما

---

(١) في صحيح مسلم،الزكاة،باب ترك استعمال آل النبي صلى الله عليه وسلم على الصدقة ٧٥٣/٢قال صلى الله عليه وسلم"ان الصدقة لاتنبغي لآل محمد انما هي أوساخ الناس،ادعوا لي محمية (وكان على الخمس)وقال له:أصدق عنهما-لرجلين من آل النبي صلى الله عليه وسلم- من الخمس كذا وكذا"اهـ،ورواه الطبراني في الكبير مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم قال"لايحل لكم أهل البيت من الصدقات شيء،انما هي غسالة الأيدي،وان لكم في خمس الخمس لما يغنيكم"كما في نصب الراية ٤٠٤/٣.قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٩١/٣"فيه حسين ابن قيس الملقب بحنش،وفيه كلام كثير،وقد وثقه أبومحصن"اهـ وكذلك رواه مرفوعا الطبري في جامع البيان ٥/١٠،ورواه أيضا في الموضع نفسه أثرا عن مجاهد،وكذلك ابن أبي شيبة في مصنفه ٢١٥/٣،ورواه مرفوعا ابن أبي حاتم في تفسيره باسناد حسن،كما في فتح القدير لابن الهمام ٢٤٥/٣.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال ص/١٩،شرح معاني الآثار ٢٧٦/٣ جامع البيان للطبري ٤/١٠،وقد ذكره المؤلف بالمعنى،وحكم على الاسناد بالضعف د.عبد الصمد بكر عابد في تخريجه لأحاديث الأموال ٦٨/١.

أُطلِقَ أنه لله من الأموال،فهو ما سبيله أن يصرَف إلى الفقراء لقوله تعالى{وآتُوهُم مِن مالِ اللهِ الذي آتاكم}(١)

قيل:إن المراد به الزكاة،"وقال النبي صلى الله عليه وسلم في اللُّقَطَة:فإن جاءَ صاحبُها،وإلا فهي مالُ الله يُؤتِيهِ مَن يَشاء"(٢)،يعني أنها تُصْرَفُ إلى الفقراء.

مسألة: [قَسْمةُ الفَيء]

قال أبو جعفر:(وأما الفَيء فيُقْسَم كله كذلك على ما ذكرنا، مما يُقْسَم عليه الخُمُس من الغَنَائم،في كل واحد من القَوْلَيْن الذي ذكرنا)

قال أحمد:قال أبو يوسف في جواب المسائل التي سَأَلَهُ عنها الرَّشيد(٣):"إن الفيءَ:الخراجُ عندنا،خراجُ الأرض،لقول الله تعالى {ما أفاءَ اللهُ على رسولِهِ مِن أَهْلِ القُرَى}(٤)ثم قال:{لِلفُقَرَاء المهاجرين}(٥)،ثم قال{والذين تَبَوَّؤا الدارَ والإيمانَ مِن قَبْلِهِم}(٦) وهم الأنصار،ثم قال{والذينَ جاؤُوا مِن بعدِهم}(٧)،فهذا لِمَن جاءَ بعدَهم إلى يوم القيامة"(٨).

فجعلَ الفيءَ عائداً على كافة المسلمين،حسب منازلهم في استحقاقهم.

"وأجمعَ عمرُ بن الخطاب في جماعةٍ مِن الصحابة على وضع الخراج على الأرضين،وقد كان خالفَه منهم الزُّبَيْرُ وبلال،فاحتجَّ عليهم بهذه الآية،فرَجَعُوا إلى قوله،وتبيَّنوا طريقَ الحق فيه"(٩)

---

(١) من سورة النور،آية رقم/٣٣.
(٢) تقدم ص/٤٥٢،٤٥٨،حاشية (٤).
(٣) هارون الرشيد بن المهدي محمد،من أنبل الخلفاء العباسيين،ذا حج وجهاد،وغزو وشجاعة،ورأي،يحب العلماء،ويعظم حرمات الدين،توفي رحمه الله سنة/١٩٣ هـ،له ترجمة في سير النبلاء ٢٨٦/٩،وكان الرشيد قد طلب من القاضي أبي يوسف رحمه الله أن يضع له كتابا في الخراج،فألف له كتاب الخراج.
(٤)(٥)(٦)(٧) من سورة الحشر،آية رقم ٧،٨،٩،١٠ على الترتيب.
(٨) كتاب الخراج لأبي يوسف ص/٢٥.
(٩) الخراج لأبي يوسف ص/٢٥ وما بعدها،سنن البيهقي ١٣٨/٩.

قال أحمد: فإذا كان الفيءُ عنده الخراج، فليس هو إذاً مقسوماً على ما يُقسَم عليه الخُمس. لأن الخُمُسَ لا يستَحِقُّه إلا الفقراءُ، والخراجُ مصروفٌ فيما يعود نَفْعُه على كافة أهل الإسلام.(١)

قال أبو جعفر: [مصارِفُ الفَيء]

(ومـا أُخِذَ من مال المُشرِك، وما لم يُوْجَف عليه(٢) بخَيل ولا رِكَاب، أو مِن خَراج الأرضين، أو مِن خَرَاج رِقـاب المشركين، أو مِن المختلفين من أهل الذمة، وأهل الحرب في التجارات في بلدان المسلمين، /فإن في ذلك كلِّه أرزاقُ القُضاة، وسَدُّ الثُّغُور، وأرزاقُ المقاتِلة، وإصلاحُ الجُسُورِ والقناطرِ، وبناءُ المساجد. فما فَضَل بعد ذلك قَسَمَه الإمام بين المسلمين) ١٦٥

قال أحمد: الأصل فيه ما قدمنا من الآيات،(٣) وهي قوله تعالى{ما أفاءَ اللهُ على رسولِهِ مِن أهلِ القُرَى}إلى آخرها.

فجعلَ الفيءَ عائداً على الكافة، فينبغي أن يُصْرَفَ في هذه الوجوه التي ذكرها.

وكذلك فَعَلَ عمر بحضرة الصحابة، واتَّفَقُوا معه عليه.(٤)

قال أبو جعفر: [الغَنِيمة لمَنْ شَهِدَ القتال]

(ولا يدخل في ذلك العبد، ولا الأعراب الذين لا يحضُرون القتال)

وذلك"لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم لم يكن يُسْهِم للعبد، وكان يَرْضَخ(٥) لهم"(٦)

"وفي حديث علقمة بن مَرْثَد عن ابن يزيد عن أبيه أن النبي

---

(١) هذا اعتراض من الجصاص على الطحاوي في عبارته (أن الفيء يقسم كما تقسم الغنيمة)، ويبين الجصاص أن الخراج هو فيء أيضا كما في أحكام القرآن٣/٧٤، ويصرف في مصالح المسلمين قال ابن عابدين في الحاشية ٤/١٣٨ "ما أخذ بالقتال والحرب: غنيمة، وما أخذ بعده مما وضع عليهم قهرا كالجزية والخراج: فيء ... يوضع في بيت المال" ا.هـ

(٢) ما أوجف المسلمون عليه: أي أعملوا خيلهم أو ركابهم في تحصيله، كما في المغرب ٢/٣٤٣.

(٣) في الصفحة السابقة.

(٤) مصنف عبد الرزاق ٤/١٥١-١٥٢، سنن البيهقي ٦/٣٥١.

(٥) الرضخ: العطية القليلة، كما في النهاية ٢/٢٢٨.

(٦) في صحيح مسلم، الجهاد، باب النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم ٣/١٤٤٦ بلفظ "لم يكن لهم سهم معلوم الا أن يحذيا من غنائم القوم" وبلفظ يرضخ في سنن أبي داود، الجهاد، باب في المرأة والعبد يحذيان من الغنيمة ٣/١٧٠، وسكت عنه.

صلى الله عليه وسلم قال في وصية الجيش:فإن أسلموا فلا شيء لهم في القسمة،حتى يشهدوا القتال"(١)

قال أبو جعفر: [إعطاء الإمام الناس على قدر الحاجة]

(ويُعطى الناس من ذلك على مقدار الحاجة)"وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال:والله الذي لاإله إلا هو،ما أحدٌ إلا وله في هذا المال حق،أعطيه أو مُنِعَه،وما أحدٌ أحق به من أحد إلا عبد مملوك،وما أنا فيه إلا كأحدهم،ولكنّا على منازلنا من كتاب الله،وقَسْمِنَا من رسول الله،فالرجل وبلاؤه في الإسلام،والرجل وقَدَمُه في الإسلام،والرجل وغَنَاؤه(٢) في الإسلام،والرجل وحاجته(٣)"

قال أبو جعفر: [للإمام التفضيل بين الناس في العطية]

(وله أن يفضّل إن رأى التفضيل،أو يسوّي بينهم إن رأى ذلك)

قال أحمد:هذا موكول إلى رأي الإمام واجتهاده في توخّي المصلحة،وقد روي أن أبا بكر الصديق كان يسوّي بينهم(٤)،ثم رأى عمر التفضيل(٤)،ثم حكي عنه أنه قال:إن عشتُ إلى قابلٍ لأجعلن الناس بَبَّانا واحداً،يعني شيئاً واحداً،وهذا يدل على أنه رأى التسوية حين قال ذلك.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال يسوّي بينهم في العطاء(٥).

وهذا عندنا على أنه رأى المصلحة في التسوية في ذلك الوقت.

مسألة: [تقسيم أربعة أخماس الغنيمة مما سوى الأرضين]

قال أبو جعفر:(وأما أربعة أخماس الغنيمة مما سوى

---

(١) سنن البيهقي ٥٠/٩ أخرج عن عمر رضي الله عنه «الغنيمة على من شهد الوقعة»وهي في مصنف عبد الرزاق باسناد صحيح كما في الفتح لابن حجر ٢٢٤/٦.

(٢) الغناء بفتح الغين والمد:هو النفع.تهذيب الأسماء للنووي ٦٤/٣.

(٣) مسند أحمد ٤٢/١،واللفظ قريب جدا منه.سنن أبي داود. الخراج والامارة.باب فيما يلزم الامام من أمر الرعية ٣٥٨/٣ وسكت عنه.قال المنذري في تهذيبه ٢٠٤/٤ في اسناده محمد بن اسحاق ا.هـ.قال عنه ابن حجر في التقريب ص/٤٦٧ (٥٧٢٥): صدوق يدلس ا.هـ وقد رواه هنا معنعنا،وأخرجه البيهقي في السنن ٣٤٦/٦ من طريق أبي داود.

(٤) سنن البيهقي ٣٤٨/٦.

(٥) سنن البيهقي ٣٤٩/٦.

الأرضين،فيُقسَم بين الغانمين،ويُرضَخ للعبيد والنّساء إذا حضَروا القتال بأمر الإمام)

وذلك لقول الله تعالى{واعْلَمُوا أنَّما غَنِمْتُم مِن شيءٍ فَأَنَّ لله خُمُسَه}(١)

فجَعَلَه غنيمةً لهم،واستثنى منها الخُمُس.فيثبت أن الباقي بعد الخُمُس للغانِمين،كما قال الله تعالى{فَوَرِثَه أبَوَاه فلأمِّه الثُلث}(٢) عُلِمَ أن الباقي للأب،وقد أكَّد ذلك بقوله تعالى{فكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُم حَلالاً طيِّباً}(٣).

ولا يُسهم للعبيد والنِّساء،ويُرضَخ لهم،لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم(٤).

ومسألةُ سهم الفَارس والرَّاجِل،قد بيَّنَّاها بعدَ هذا الموضع في أبواب السِّيَر(٥)،وكذلك مسألةَ اعتبارِ حالِ الدخول في سهم الفَارس.

مسألة: [حكمُ سهمِ مَنْ مَات مِن الغَانِمِين في دار الحرب]

قال أبو جعفر:(ومَنْ ماتَ في دار الحرب قبل إحران الغنيمة في دار الإسلام،أو بيعِها،أو قِسْمَتِها،فلا سَهْمَ له)

قال أبو بكر أحمد:الغنيمة حكمُها على ثلاثة مَنَازِل:ما لم تُحْرَز،لم يثبت فيها حق للغانمين،فإذا أُحْرِزَت ثَبَتَ فيها الحق،ولم تُمْلَك،فإذا قُسِّمَت مُلِكَت.

وإنما كان كذلك،لأنه صحَّ عندنا أن جيشاً لو لَحِقَهُم في هذه الحال قبل الإحران،شَرِكَهم فيها.

فإن ماتَ منهم واحدٌ بعد إحران الغنيمة في دار الإسلام،كان نصيبُه لورثته،لأنه وإن لم يُمْلَك،فقد ثبت له فيها حق.

والحقوق قد يجوز أن تنتَقِل إلى الورثة،مثل العبد الجاني،

---

(١) من سورة الأنفال،آية رقم/٤١.
(٢) من سورة النساء،آية رقم/١١.
(٣) من سورة الأنفال،آية رقم/٦٩.
(٤) تقدم ص/٥٨٠،حاشية (٦).
(٥) في أول الجزء الرابع من تقسيم المخطوط،تحت رقم/٣٧١/فقه حنفي في مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى.

قد يثبت فيه الحق لوليِّ الجناية، بأن يُدْفَع أو يَفْدِي، ولم يَمْلِكْه بعد، ثم إذا ماتَ انتقلَ ذلك الحق إلى وارثِه، وقامَ فيه مقامَه، كذلك ما وصفنا.

فإذا قُسِمَت/مَلَكَ كلُّ واحدٍ منهم نصيبَه، لتعيّن حقّه فيه، وانقطاعِ حق غيره عنه. ١٦٦/

فإن قُسِمَت في دار الحرب، أو بِيْعَت، تَثْبُت حقوقُهم فيها، وانتَقَلَتْ بالموت إلى ورثتهم، لأن جيشاً لو لَحِقَهُم بعدَ البيع، أو القسمة لم يُشْرِكْهُم فيها، وذلك لأن بيعَ الإمام وقِسْمَتِه جائزة، إذ كانت مسألة اجتهادٍ يَنْفُذ فيها حكمُ الحاكم إذا حَكَم به، وفي بيعِه وقِسْمَتِه حكمٌ منه يَقْطَعُ حق كلِّ واحدٍ غيرَهم عنه، فتثبُت حقوقهم فيه.

مسألة: [غنيمةُ مَنْ لَحِقَ الإمامَ في دار الحرب للقتال]

قال: (ومَنْ لَحِقَ الإمامَ في دار الحرب قبل خروجِه منها، طالباً للقتال، استَحَقَّ منهم الغنيمة)

قال أحمد: وروي نحو ذلك عن عمر(١)، ولأنه لا يُسْتَغْنَى عن القتال إلى أن يحصلوا في دار الإسلام ومَنَعَتِها، فلما كانت الحاجة إلى القتال قائمة في إحران الغنيمة، استَحَقَّ السهم، وإن لم يُقَاتِل، كما لو وَقَف رِدْءاً لهم ولم يقاتل، استَحَقَّ السهم، وقد بَيَّنَّا هذه المسألة أيضا في السِّيَر(٢).

مسألة: [ليس للإمام قسمة الغنائم في دار الحرب]

قال أبو جعفر: (ولا ينبغي للإمام أن يَقْسِم الغنائم في دار الحرب)

وذلك لأنَّ جيشاً لو لَحِقَهم، شَرَكَهم فيها على ما بَيَّنَّا، وإذا قَسَم جازت قسمته، لأنها مِمَّا يسوغ الاجتهاد فيه، فينفَذ حكم الإمام فيها.

فإن قيل: "قَسَمَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم غنائمَ بني

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٣٠٣/٥.
(٢) الجزء الرابع من هذا الشرح لوحة /٥/ب.

المُصْطَلِق قبل رجوعه إلى المدينة"(١)

قيل له: لأن الموضعَ صار مظهوراً عليه، وصار مِن حَيِّزِ الإسلام.

مسألة: [قِسمة ما غَنِمَه المسلمون من الأرضين]

قال أبو جعفر: (وما غَنِمَه المسلمون من الأرضين، كان إلى الإمام أن يَقْسِمَها على ما تُقْسَم عليه الغنائم، إن رأى ذلك حظاً، وله أن يوقفها إلى المسلمين، ويجعلها أرضَ خراج، ويكون خراجها مصروفاً إلى ماذكرنا وجهه في هذا الكتاب، فإن شاء أن يمُنَّ على أهلها المغنومة عليهم، كما فَعَلَ عمرُ بن الخطاب في السواد(٢)، فتكون الأرض إذا فَعَلَ ذلك مِلكاً لهم، يتوارثونها، كما يتوارثون سائر أموالهم، وإن شاء أنْ ينقُلَ إليها قوماً مِن أهل الذمة سِوَاهم، فيجعلهم في ذلك كهم، لو مَنَّ عليهم فيها، وإن شاء قَسَمَها بين الغانمين، وكانت أرضَ عشر، وإن وقَفَها، أو مَنَّ على أهلها، أو نقل قوماً مِن أهل الذمة فهي أرض خراج)

قال أحمد: قوله "وإن شاء وقفها" لا أُعرفه عن أصحابنا، وإنما المشهور عنهم في سائر كتبهم، وما سمِعْناه مِن شيوخنا أنه بالخيار: إن شاء قَسَمَها بين الغانمين بعد إخراج الخمس، وتكون حينئذ أرض عشر، وإن شاء مَنَّ على أهلها، وَوَضَع عليهم [الجزية](٣)، وعلى الأرضين الخراج، ويكونون(٤) ذمة أحراراً، وأرضوهم ملكاً لهم يتوارثونها ويتبايعونها، وإن شاء استَرَقَّ أهلها، أو قَتَلَهم(٥)، ونقل

---

(١) قال الحافظ في التلخيص الحبير ١٠٥/٣ "أما قسمة غنائم بني المصطلق، فذكره الشافعي في الأم هكذا -وهو في الأم ١٤٠/٤-١٤١- واستنبطه البيهقي -كما في السنن ٥٤/٩- من حديث أبي سعيد قال: غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزوة بني المصطلق، فسبينا كرائم العرب، فطالت علينا العزبة، ورغبنا في الفداء، وأردنا أن نستمتع ونعزل... الحديث، قال، ففيه دليل على أنه قسم غنائمهم قبل رجوعه الى المدينة" اهـ. وحديث أبي سعيد هو في صحيح البخاري، العتق، باب من ملك من العرب رقيقا ١٧٠/٥ صحيح مسلم، الجهاد، باب جواز الاغارة على الكفار ١٣٥٤/٣.

(٢) يأتي تعريف السواد، وتخريج الأثر في الصفحة التالية.

(٣) ساقطة من الأصل، والعبارة تامة في تبيين الحقائق ٢٤٨/٣.

(٤) في الأصل (يكون).

(٥) في الأصل (قسمهم)، والصواب (قتلهم)، كما في متن القدوري مع اللباب ١٢٤/٤ وغيره، والله أعلم.

إليها قوماً من أهل الذمة،فيجعلُ الأرضين ملكاً لهم،وتكون أرضَ خَراج.(١)

والذي ذكره أبو جعفر مِنْ وَقْفِها،يجوز أنْ يكون مِن روايةٍ وقعتْ إليه عنهم،ولم تَبْلُغْنا.

والأصل في ذلك أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم فَتَحَ مكة عَنْوةً(٢) ومَنَّ عليهم،وأقَرَّهم على ديارهم وأموالِهم"(٣)،"وقد قَسَم بعضَ حصون خَيْبَر،ولم يَقْسِم بعضَها"(٤)،فعَلِمْنَا أن الإمام مخيَّرٌ بين القسمة، وبين المَنِّ والإقرار على أموالهم وأرضيهم.

وفَتَحَ عُمر السوادَ(٥)،وشاوَرَ عَليّاً وغَيرَه من الصحابة،فأشارُوا عليه بإقرار أهلها،وَوَضَعَ الخراج،وخالَفَه الزُّبَيْرُ وبلالٌ ونَفَر آخرون،واحتجَّ عليهم بقول الله تعالى [كَيْ لا يكون دُولةً(٦) بين الأغنياء مِنكم](٧)،ثم قال[للفقراء المهاجرين]إلى قوله [والذين جاؤوا مِن بَعْدِهم](٨)"(٩).

فقد دلَّت هذه الآيات على أنه لا يجوز أنْ تكون الغنائمُ دُولَةً بين الأغنياء،ويبقَى الفقراءُ بغير شيء،وأوجَبَتْ أيضاً الحقَّ لِمَن يَجيءُ بعدَهُم.

---

(١) وجاء مثل كلام الجصاص في متن القدوري مع اللباب ١٢٣/٤، الهداية ١٤١/٢،تبيين الحقائق ٢٤٨/٣.

(٢) "أصله من عنا عنوا، اذا ذل وخضع،والاسم العنوة،ومنها قولهم:فتحت مكة عنوة، أي قسرا وقهرا"كما في المغرب ٨٧/٢.

(٣) صحيح مسلم، الجهاد، باب فتح مكة ١٤٠٥/٣.

(٤) سنن أبي داود، الخراج،باب ما جاء في حكم أرض خيبر ٤١٠/٣ وفيه،"قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر نصفين: نصفا لنوائبه وحاجته،ونصفا بين المسلمين"،واسناده جيد،كما نقل ذلك الزيلعي في نصب الراية عن صاحب التنقيح -ابن عبد الهادي-،وقد توسع الزيلعي في الكلام عليه.

(٥) أي سواد العراق،"وسمي سواد العراق لخضرة أشجاره وزروعه ... وهو الذي فتح على عهد عمر رضي الله عنه" ا.هـ كما في المغرب ٤٢٠/١.

(٦) "الدولة بالضم في المال،يقال صار الفيء دولة بينهم، يتداولونه،يكون مرة لهذا،ومرة لهذا"مختار الصحاح (دول).

(٧) من سورة الحشر، آية رقم/٧.

(٨) من سورة الحشر، آية رقم/٨-١٠.

(٩) وقد روى خبر فتح سواد العراق ابن سعد في الطبقات،كما في نصب الراية ٤٠٠/٣ في ترجمة عثمان بن حنيف،ولم أجده في المطبوع من الطبقات،والمطبوع كما هو معلوم ناقص،سنن البيهقي ٣١٨/٦،١٣٨/٩.

وذلك لا يكون إلا بإقرار أهلها، ووَضْع الخراج، ليُشارِكَهم فيها مَنْ جاءَ بعدَهم، فرَجَعُوا جميعاً إلى قوله، وصاروا مَحْجُوجين بما نَبَّهَهُم عليه، من دلالة هذه الآيات على صحة ما ذَهَبَ إليه، فتَبَيَّنوه (١) ورَضُوا بحُكْمِه فيما حَكَمَ به في السَّواد، فصار إجماعاً.

وقد تكلَّمْنا في مسألة فَتحِ مكة في أبواب السِّيَر من هذا الكتاب، بجُمْلةٍ كافيةٍ لمَنْ تَدَبَّرَها، وكان الحقُّ طَلِيبَه معها. (٢)

[بيعُ أرضِ الخَراج]

ويجوزُ بيعُ أرضِ الخراج، لأنها ملكٌ لمَنْ أُقِرَّ عليها، والدليل عليه أنَّ المواريثَ تجري فيها، ولا يجوز لأحدٍ أخذها من أيديهم، ولا أن يَحُول بينهم وبينها، كما أن مَن أقرَّهم النبيُّ صلى الله عليه وسلم من أهل مكة، ومَنَّ عليهم، كانوا (٣) مالِكين لأموالهم التي كانت لهم قَبْل الظهور والغَلَبة.

فإن قال قائل: إنما أَقَرَّ عمرُ أهلَ السَّواد على حُكْمِ الفَيء.

قيل له: لو كان كذلك، كان مَن أَسْلَم منهم لا يكون حُرّاً، ولا كانت/ الجزية واجبة عليه، مثل العبد، وكان يكون بعد إسلامه بمنزلة العبد إذا أسلم. ١٦٧/

وأما [ما] (٤) ذَكَرَ أبو جعفر في وجوب العُشْر إذا قَسَم، والخراج إذا لم يَقْسِم، فإن الأصل فيه، أن المُسْلِم لا يُبْتَدَأ بالخَراج، لأنه فَيء، والكافر لا يُبْتَدَأ بالعُشْر، الذي هو صَدَقَة، لأن الصَّدَقَة قُربة، ولا قُربة للكافر.

وقد يجوز إيجاب العُشْر في أرضِ الخَراج إذا أَقَرَّ الإمامُ أهلَها عليها، ورَأَى ذلك، ولا يكون صَدَقَةً، بل يُوضع موضعَ الخراج، ذَكَرَه محمد في الزيادات.

---

(١) في نسخة الاتقاني (ورتبوه).
(٢) الجزء الرابع من المخطوط، لوحة/٦/آ.
(٣) في الأصل (وكانوا).
(٤) ساقطة من الأصل.

مسألة: [خَرَاجُ أرضٍ باعَها ذمي لمسلم]

قال أبو جعفر: (ومَن باع من أهل الذمة أرضَ خراجٍ من مسلم، فعليه الخراجُ بحاله)

وذلك "لما روي أن الرُّفَيْل[1] أَسْلَمَ، فقال علي رضي الله عنه: إن أقمتَ على أرضِكَ، فعليك الخراج"[2]

وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب[2] في دُهْقَانةِ[3] نهر المَلِك، حين أَسْلَمَت.

وأيضاً فإن الخراج يعودُ نفعُه على كافّة المسلمين، وقد ثَبَتَ ذلك في الأرض، فلا يجوز نقله إلى العُشْر، الذي هو حقٌّ لخاصٍّ من المسلمين ببيعه إياه، إذْ لا سبيل لهما إلى إبطال ما قد ثبت من الحق فيها للكافّة.

مسألة: [شراء الذمي أرضَ عُشر من مسلم]

قال أبو جعفر: (وإذا اشترى الذميُّ أرضاً من أرضِ العُشر من مسلم، فعليه الخراج في قول أبي حنيفة، ثم لا يعودُ إلى العُشر أبداً، وإن مَلَكَها مسلمٌ.

وقال أبو يوسف: على الذمي فيها عُشْران، ويوضَعَان موضعَ الخراج.

وقال محمد: هي أرضُ عُشْر على حالِها، وتوضَعُ في مواضع العُشْر)

قال أحمد: يعني أنه يوضع موضعَ الصدقة.

قال أحمد: روى ابنُ سَمَاعة عن محمد أنه يوضَعُ موضعَ الخراج، إلا أنه فيما تُخرِجُ الأرض.

والأصل في ذلك، أن الواجبَ كان عليها في المسلم: العُشْر، وهو صدقة، ولا جائزٌ أخذُ الصدقة من الذمي، لأن الصدقة قُرْبة، ولا قُرْبة للذمي، فوجب أن يَسْقُطَ العُشر بملك الذمي، ثم إذا سَقَطَ العُشْر،

---

(١) "هو الرفيل من الفرس، أسلم أيام عمر رضي الله عنه" كما في الإكمال لابن ماكولا ٩٤/٤.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٣٣٣/١٢، سنن البيهقي ١٤٢/٩.

(٣) "الدهقان بكسر الدال وضمها، رئيس القرية ... وأصحاب الزراعة، وهو معرب" النهاية ١٤٥/٢.

واحتَجْنَا إلى إثبات الحق فيها،إذْ لايجوز إخلاء الأرض من وجوب حقٍ فيها،فوَجَبَ أن يكون ذلك الحق هو الخراج،لأن الكافرلايُبْتَدَأ بالعُشْر،ألا ترى أن الإمام إذا أَقَرَّ أهلَ الأرض عليها بَعدَ الظهور عليها،أن الواجبَ عليهم هو الخراج،فلا يمتنع مِن نَقْلِها من العُشْر إلى الخراج،لأن الخراج عائدٌ على كافّة المسلمين،فلم يَسْقُطْ حقُّ مستحقّي العُشْر الذي كان فيها،وهم الفقراء،وليس ذلك كأرضِ الخَراج إذا أسلَمَ أهلُها،واشتَرَاها مسلم،لأن فيه إسقاطُ حق الكافّة إلى الخاصَّة.

وأصل أبي حنيفة أنها إذا وَجَبَ فيها خراجٌ أو عُشْرَان،لم تنتَقِلْ إلى العشر الواحد أبداً،وقد يجوز ان تنتقل من العُشْر إلى الخراج،وإلى العشرين.

فقال في تَغْلِبِيٍّ(١) اشتَرَى أرضَ عُشْر أنَّ عليه عشرَيْن،فإذا اشتَرَاها من التغلبي ذمي،فعليه عُشْرَان في رواية أبي يوسف ومحمد عن أبي حنيفة،وفي روايةِ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة(٢) عليه الخراج.

واما أبو يوسف فإنه يقول:إنه قد يُنْقَل من العُشْر إلى العُشْرَيْن بشراء الذمي والتغلبي،ثم يعودُ إلى عشر واحدٍ إذا اشتراها مسلم،وجَعَلَها أبو يوسف بمنزلة أموال الزَكَاوَات بِنَتَه،لو مَرَّ بها مسلم،وعلى العاشِر أن يأخذ منه(٣) رُبُعَ العُشْر،وهو زكاته،ولو كانت لذمي أَخَذَ منه نِصفَ العُشْر،مِثْلَي ما يُؤخَذَ من المسلم،فإن عادَ إلى المسلم،عادَ إلى رُبُعِ العُشْر.

وكذلك الأرضون عنده،إذا كان أصلُها العُشْر،فأما إذا كانت خراجيَّةً في الأصل،فإنها لا تنتقل إلى العُشْر أبداً.

---

(١) "بنو تغلب:قوم من مشركي العرب،طالبهم عمر رضي الله عنه بالجزية،فأبوا،فصولحوا على أن يعطوا الصدقة مضاعفة،فرضوا" المغرب ١٠٧/٢،وينظر الأموال لأبي عبيد ص/٣٢.
(٢) وعليه مشى صاحب الكنز وشارحه الزيلعي ٢٩٤/١،وابن عابدين في حاشيته ٣٢٩/٢.
(٣) في الأصل (وعلى العاشر أخذ منه).

وأما أصلُ محمد، فإنه يعتبرُ ما ابتُدئتْ به الأرض، فإن ابتُدِئتْ بالخَراج لم ينتقِل أبداً، وإن ابتُدِئت بالعُشر، لم ينتقِل أبداً، لا إلى الخراج، ولا إلى عُشْرَيْن بشراء ذمي، ولا تغلبي نصراني.

وروى ابنُ سماعة عنه أيضا أنها تنتقل بشراء التغلبي لها إلى عُشْرَين، وتوضَعُ موضع الخَراج، إلا أنها تكون فيما تُخرِجه الأرض.

وقال محمد: إذا ابتُدِىء التغلبي، بأن جُعِلَ على أرضه عُشْران، ثم أَسْلَمَ، أو باعَهَا مِن مسلم، أو ذمي، فالعُشْران على حالهما في قول محمد.

قال أحمد: والصحيح الذي استقرّ [عليه] (١)، قولُه المشهور: أنه يُعتَبَرُ ما تُبْتَدأُ به الأرض، ثم لا يتغيَّر أبداً.

ووجه قوله ذلك، أن ذلك حق قد تعلّق بالأرض، فلا يتغيَّر بانتقال الملك، لأن الأملاك لا تأثيرَ لها في إسقاط حقوق الأرضين.

ألا ترى أن العُشرَ قد يجب في أرض الوقف التي لا مالك لها كما تجب في أرضٍ لها مالك، وقد يجب الخراجُ أيضاً في أرض الوقف، فدلّ على اعتبار ثبوتِ الحق ابتداء في الأرض، ولا اعتبار بالملك فيه.

ومِن هذا الوجه فارَقَ ذلك عنده المالَ الممرور به على العاشِر، في أنه يجب تارةً ربُعُ العُشر، إذا كان لمسلم، وتارة نصف العشر، إذا كان لذمي، لأن هذا الحق يتعلّق حكمُه بالمالك، ألا ترى أنه لو مرَّ به غيرُ مالك، لم يجب فيها شيء، بأن يكون مودوعاً، أو مضارِباً، وأن الصبيَّ والمجنونَ لايُؤخَذُ ذلك من مالهما، فدلّ على اعتبار المالك فيه، وسقوطه في الأرضين.

ولأبي حنيفة في إفساد هذا القول، واعتبار حكم المالك، أنهم جميعاً اعتبروا حكمَ المالك في الابتداء، فإن كان مسلماً، كان في أرضه العُشر، وإن كان كافراً فالخَراج، فلما اختَلَفَ الحُكْمُ في الابتداء فيما يجب من الحق، كان كذلك حكمُه عند انتقال الملك الذي قدَّمْنا.

---

(١) ساقطة من الأصل.

كتاب النِّكاح

[لا نكاح إلا بشاهدين]

قال أبو جعفر:

(ولا نكاح إلا بشهودٍ أحرارٍ مسلمين/ بالغين، شاهدَيْن أو أكثر، أو رجلٍ وامرأتَيْن)

قال أحمد: لا نكاح إلا بشهود، [روي عن عمر رضي الله] عنه،(١) وعبد الله بن عباس رضي الله عنهما،(٢) من غيرِ مخالفٍ لهما من الصحابة.(٣)

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أخبارٌ بألفاظٍ مختلفة، في نفي النكاح بغير شهود، وروي عن عليٍ رضي الله عنه وابنِ مسعود رضي الله عنه وعِمران بن حُصَيْن، وجابرٍ، وأنسِ بن مالك، وأَبي موسَى الأشْعَري، وابنِ عمر، وأبي سعيدٍ، وأبي هريرة كلُّهم عن النبي صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بشاهدَيْن".(٤)

بألفاظٍ مختلفة، والمعنى واحد.

وهذه الأخبار كلُّها عند أهلِ الحديث ضعيفة، بعضُها مِن جهة الرجال، وبعضُها مِن جهة الإرسال، والصحيحُ عندَهم منها ما يُروى عن الحسن مرسلاً عن النبي صلى الله عليه وسلم،(٥) فيصَحِّحُونه عن الحسن، وهو مرسل عن النبي صلى الله عليه وسلم، فلا يَقبَلُونه لأجل الإرسال.

وهي عندَنا صحيحةٌ مِن أكثر الوجوه التي رُويت فيه، وليس طريقةُ الفقهاء في قَبُول الأخبار، طريقةُ أصحابِ الحديث،(٦) ولا نَعلَمُ

---

(١) غير واضح في الأصل، وقد روي عن عمر رضي الله عنه القول بألانكاح الا بشهود، كما في سنن البيهقي ١٢٦/٧.
(٢) سنن البيهقي ١٢٦/٧.
(٣) ومثله في بداية المجتهد ١٧/٢.
(٤) سنن الدار قطني ٢٢٥/٣، سنن البيهقي ١٢٥/٧، صحيح ابن حبان (موارد الظمآن) ص/٣٠٥(١٢٤٧). وصححه ابن حزم في المحلى ٤٦٥/٩ والزرقاني في شرح الموطأ ١٩/٣. وينظر مجمع الزوائد ٢٨٦/٤. وقد ورد الحديث كما قال المؤلف بألفاظ مختلفة "لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل"، "لا يحل نكاح ..." وغيرها.
(٥) في الأصل (الحسين)، والتصويب من كتب السنن.
(٦) وعلى مثل هذا نص الامام ابن دقيق العيد في مقدمة كتابه الالمام فقال "وشرطي فيه أن لا أورد الا حديث من وثقه امام من مزكي رواة الأحاديث، وكان صحيحا على طريقة أهل الحديث الحفاظ أو أئمة الفقه النظار، فان لكل منهم مغزى قصده وسلكه، وطريقا أعرض عنه وتركه، وفي كل خير" اهـ، وقد يحكم للحديث بالصحة =

أحداً من الفقهاء رَجَعَ إليهم في قَبُول الأخبار وردِّها، ولا اعتبرَ أصولَهم فيها.

وإذا كان كذلك، فالأخبار المرويَّة عن النبي صلى الله عليه وسلم في أن لا نكاح إلا بشهود، وبشاهدَيْن، صحيحةٌ يجبُ قبولُها. إذا لم يردَّها أصل، وجاءَتْ من الوجوه التي تُقْبَل فيها أخبار الآحاد.

وعلى أنه لافرق عندنا بين المرسَل والموصول مِن أخبار الآحاد فإذا ثبَتَ من جهة الإرسال بالاتِّفاق، لزِمَ حُكْمُه، ووَجَبَ العمل به.

وقد روي في ذلك لفظٌ آخر موصول (١) عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهو ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا أحمد بن عبد الله بن حسَّان الدِّيبَاجي التُّسْتَرِي قال حدثنا يوسف بن حمَّاد المَعْنِيّ قال حدثنا عبد الأعلى عن سعيد عن قَتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "البَغَايا اللاتي يُنْكِحْنَ أنفسَهُنَّ بغير بيِّنة" (٢).

وأيضا قد اتفق الفقهاء على أن عقدَ النكاح مخالِف لسائر العقود (٣)، في افتقاره إلى معنى يضامّه (٤)، مِن إعلان أو شهود، فكان حضورُ الشهود عندنا أولى، بكونه شرطاً من الإعلان والإشهاد، لأن من شرط الشهادة، جعلها مقارنة للعقد، ومِن شرط الإعلان، أن لا يحصل مقارناً للعقد، وما يقارِن العقد، أولى بأن يكون شرطاً فيه، مما لا يقارنه، ويتراخى عنه.

= -مع ضعف اسناده- اذا تلقاه العلماء بالقبول كما أن كثيرا من العلل التي يعلّ بها المحدثون، لا تجري على أصول الفقهاء، وأيضا استدلال المجتهد بحديث تصحيح له، وأمر التصحيح والتضعيف أمر اجتهادي، كما بين هذا السيوطي رحمه الله في تدريب الراوي ٦٤/١-٦٨، ومن الأمثلة أيضا الحديث المشهور حيث يختلف تعريفه وحكمه بين المحدثين والأصوليين الفقهاء، كما أوضح هذا ابن عابدين في حاشيته ٢٦٥/١.
وقد توسع في هذا العلامة ظفر أحمد عثمان التهانوي في المقدمة الأولى "قواعد في علوم الحديث" لكتابه النافع "إعلاء السنن" ص/٣٧ بتحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة.

(١) في الأصل (لفظا آخر موصولا).

(٢) سنن الترمذي، النكاح، باب ما جاء لا نكاح الا ببينة ٤١١/٣، ورجح وقفه، سنن البيهقي ١٢٥/٧، وقد ذكره المؤلف ص/٦١٠ موقوفا على ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) بداية المجتهد ١٧/٢-١٨، المغني لابن قدامة ٣٣٩/٧.

(٤) أي يضم إليه.

وأيضا "نَهَى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن نِكاح السر"[1] وإذا لم يحضُرْهُمَا غيرهما،فهو نكاح السِّر،فلا يجوز.

مسألة: [جواز النكاح بشهادة رجلٍ وامرأتين]

وإنما جاز النكاح بشهادة الرجل والمرأتَيْن،لما روى نوح بن مَيمون المَضْرُوب عن قَيس بن الرَّبيع عن أبي إسحاق عن أبي بُرْدة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"لا نِكاح إلا بوَليّ،وشهود"[2]

وذلك يتناول الرجل والمرأتين،لأن اسم الشهود يتناولهم جميعاً.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم فيما روي عنه "لا نكاح إلا بوليّ وشاهدَيْن"[2].وذلك ينتظم جوازه برجلٍ وامرأتين،لوجود الشاهدَيْن.

وأيضاً فإن اسمَ الشاهدين في البيوع،يتناول الرجل والمرأتين.

والدليل عليه قولُه تعالى{واستَشْهِدُوا شهيدَيْن مِن رجالكم[3]، فإن لم يكونا رُجُلَيْن فرجلٌ وامرأتان}[4]

/١٦٩ /معناه والله أعلم:فإن لم يكن الشاهدان رجَلَيْن،فالشهيدان رجل وامرأتان،فسمَّى الرجلَ والمرأتَيْن شهيدَيْن.لأن قولَه تعالى {فإن لم يكونَا رُجَلَيْن} معلوم أنه لم يُرِدْ به(فإن لم يوجَد الاثنان)،لاتفاق المسلمين على جواز شهادة النساء مع رجلين، فعُلِمَ أن المرادَ تسمية الرجل والمرأتين شهيدين،ليُعتَبَر ذلك في سائر الحقوق.[5]

---

(١) رواه الطبراني في الأوسط عن محمد بن عبد الصمد بن أبي الجراح،ولم يتكلم فيه أحد،وبقية رجاله ثقات،كما في مجمع الزوائد ٢٨٥/٤.

(٢) تقدم ص/٥٩٠،حاشية (٤)،وأنه روي بألفاظ مختلفة.

(٣) في الأصل (شاهدين).

(٤) من سورة البقرة،آية رقم/٢٨٢.

(٥) وذلك في حال عدم وجود رجلين في سائر الحقوق الا ماقام الدليل على منع ذلك،كما في أحكام القرآن ٥٠١/١.

وإذا صَحَّ ذلك،تناوله قوله(١) "لا نكاح إلا بولي وشاهدَيْن"

ومِن جهة النظر:إن النكاح حق لا يَسْقُطُ بالشُّبْهة،فأشبهَ سائر الحقوق من الأموال وغيرها،مما لا يُسْقُط بالشبهة،فوَجَبَ أن يجوز في إثباته بشهادة الرجل والمرأتين.جوازها في كل حق لا تُسقطه الشبهة.

وإذا جاز إثباته بِهِم،فالعقد أولى أن يَثْبُتَ بحضورهم، وينعقد بهم.

وأيضاً فإن البُضْعَ حقٌّ يُمْلَكُ بالعقد،فأشبهَ الأموال،وسائر العقود على المنافع.

مسألة: [وليُّ المرأة في تزويجها]

قال أبو جعفر:(وولي المرأة في تزويجها أبوها،ثمَّ مَن فوقه من الآباء،درجةً بعد درجة،لا ولاية لأحدٍ منهم مع مَن هو أقرب إليها منه،فإن كان لها أبٌ وابنٌ،فإن أبا يوسف قال:وليُّها ابنُها،دون أبيها(٢)،وقال محمد:وليُّها أبوها،دون ابنها)

قال أبو بكر:فأما اعتبار الآباء في ولاية النكاح،فلا خلاف فيه بين الفقهاء فيما أعلم(٣)،وأما إذا اجتمع أبٌ وابنٌ،فإن جهة قول أبي يوسف فيه أن الولاية في النكاح مستَحَقّة بالتعصيب، وأقربُ العصبة الابن،فكانَ أولى بالولاية في النكاح من الأب، وكذلك ابنُ الابن وإن سَفَل(٤).

وقال محمد: الأب أولى،لأنه أولى بالتصرُّف عليها في حال الجنون في الشراء والبيع،فكذلك في النكاح.

قال:(ثمَّ بعد هؤلاء،الأخُ من الأب والأم،ثم الأقربُ فالأقرب مِن العصبات،ثمَّ مولى العَتَاقة،لأنه عصبة،والمرأةُ المعتِقة والرجل سواء،لأنها عصبة)

---

(١) أي يلحقهم اسم الشهيدين بعموم هذا الحديث،ويثبت النكاح بشهادة رجل وامرأتين،كما أوضح هذا المؤلف أيضا في أحكام القرآن ٥٠١/١.

(٢) وأبو حنيفة مع أبي يوسف،كما في تبيين الحقائق،١٢٢/٢، وحاشية ابن عابدين ٧٦/٣.

(٣) بداية المجتهد ١٣/٢،المغني ٣٤٦/٧.

(٤) أي أنه يقدم ابن الابن وان سفل على الأب.

قال: (ومَن كان مجنوناً، فهو كالميت)، لأنه لا ولاية له على نفسه، فكيف يستحقها على غيره.

قال: [لا ولاية لكافرٍ على مسلمة]

(1)
([ولا] ولاية لكافرٍ على مُسْلِمة في النكاح)، لقولِ الله تعالى {ولَنْ يَجْعَلَ اللهُ للكافِرين على المؤمنين سَبيلا}(2)، وقال تعالى {والذينَ كفَرُوا بعضُهم أولياءُ بَعْض}(3)، وقال {المُؤمنون والمؤمنات بعضُهم أولياءُ بعض}(4)

قال: [لا ولاية للمسلم على الكافرة]

(ولايكون المسلم وليّاً للكافرة)(5)، لقول الله تعالى {المؤمنون والمؤمناتُ بعضُهم أولياءُ بعض}(4)، ولأنه لا تَوارثَ بينهما، والولاية في النكاح مستَحَقّة بالتوارث، ألا ترى أن العبدَ لا يزوّج ابنَتَه، لخروجه مِن أن يكون مِن أهل الميراث.

قال أبو جعفر: [سقوط حق الولاية بالغيبة المنقطعة]

(ومَن كان منهم غائباً غَيْبَةً منقَطِعَة، فلا ولاية له)، لأن انتظاره ضَرَرٌ(6) على المرأة، لأنه ربّما أتاهم مَن يُرْغَبُ في تزويجه، فَيَفُوتُ بانتظارِ الولي، ولايستَحِقُّ أحدٌ الولايةَ على غيره، فيما عليه فيه ضَرَر

قال أبو جعفر: (وذَكَر ابنُ سَمَاعة عن أبي يوسف، أن الغَيْبَة المنقَطِعَة مثل ما بين بَغداد والرَّي(7)، وهي عِشرون مَرْحَلة(8))، وهذا اجتهاد في تقدير الغَيْبَة المنقَطِعَة.

---

(1) ساقطة من الأصل، وهي مثبتة في المختصر ص/١٧٠.
(٢) من سورة النساء، آية رقم/١٤١.
(٣) من سورة الأنفال، آية رقم/٧٣.
(٤) من سورة التوبة، آية رقم/٧١.
(٥) في الأصل (للكافر)، والتصويب من المختصر ص/١٧٠.
(٦) في الأصل (ضررا).
(٧) الري من بلاد فارس، كما في لسان العرب ٧١/١٩، وينظر معجم البلدان ١١٦/٣، وهي الآن مدينة طهران في ايران، كما في بلدان الخلافة الشرقية ص/٢٥٢.
(٨) المرحلة: المسافة التي يقطعها المسافر في نحو يوم، والجمع مراحل، كما في المصباح المنير (رحل).
وتساوي حوالي/٤٥/كم، ينظر في هذا الايضاح والتبيان لابن الرفعة، مع تعليقات المحقق ص/٧٧، كتاب المسافر وما يختص به من أحكام العبادات للدكتور أحمد الكبيسي ص/٩.

قال أبو بكر: وروى محمد مابين الرَّي والكُوفة، أو ما بين الرَّقَّة (١) والبصرة.

مسألة: [لأحد الوليَّيْن أن يزوِّج دون الآخر]

قال أبو جعفر: (ولأحدِ الوليَّيْن أن يزوِّج دون الآخر). لأن الولاية في النكاح لا تتبعَّض، إذْ كان عقدُ النكاح لا يتبعَّض، فإذا مَلَكَ بعضَ العقد، ملَكَ جميعَه، كالطلاق ونحوه.

وأيضا لانعلم فيه خلافاً بين الفقهاء. (٢)

وأيضاً قولُ النبي صلى الله عليه وسلم "لا نِكَاح إلا بولي" (٣) يقتضي جوازَه بأيِّهما وُجِدَ.

مسألة: [عَضْلُ وامتناعُ الوليِّ مِن تزويج مُوْلِيَّتِه]

قال: (وإذا امتَنَعَ وليُّ المرأة مِن تزويجها، زوَّجها الحاكمُ إذا كانَ كُفُوّاً)، لقول النبي عليه السلام "أيُّما امرأةٍ تزوَّجت بغير إذْنِ مواليها، فنكاحُها باطل، فإن اشتَجَرُوا، فالسلطان وليُّ مَنْ لاوليَّ له" (٤)

١٧٠ / قال أبو جعفر: [وجوه الكَفَاءة]

(وقريشٌ بعضُها أكفاءٌ لبعض، والعرب بعضُها أكفاءٌ لبعض، والموالي (٥) مَنْ كان له أبَوَان (٦) فصاعداً، أكفاءٌ بعضُهم لبعض)

قال أبو بكر: الدليل على اعتبار الكفاءة قولُ الله تعالى {فلا جُنَاح عليكم فيما فَعَلْنَ في أنفسِهنَّ بالمعروف} (٧)، وليس من المعروف في العادات والأخلاق، أن تضَعَ الشريفةُ نفسَها عند حارسٍ (٨) أو زِنْجي، بل هو مِن المُنْكَر في أخلاق المسلم.

وقد روي عن ابن عمر وعائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:

---

(١) مدينة مشهورة على الفرات، كما في معجم البلدان ٣/٥٨-٥٩، وهي معروفة الآن على شاطي الفرات في سوريا، وبقية من آثار قصر الرشيد فيها ظاهرة.
(٢) المغني ٧/٤٠٤.
(٣) تقدم ص/٥٩٠، حاشية (٤).
(٤) تقدم ص/٤١١، حاشية (٣).
(٥) الموالي بمعنى العُتَقاء، ولما كانت غيرُ عربٍ في الاكثر، غَلَبَتْ على العَجَم، والمراد غير العرب، وإن لم يمسَّهم رق، لأنهم لما ضلّوا أنسابَهم، كان التفاخر بينهم في الدِّين، المغرب ٢/٣٧٢، فتح القدير ٣/١٩٠.
(٦) أي له أب في الاسلام، وجَدّ وهكذا، ينظر تبيين الحقائق ٢/١٢٩.
(٧) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣٤.
(٨) هكذا في الأصل، والمعنى صحيح، ولعلها (فارسي).

"العربُ بعضُها أكفاءٌ لبعض،قبيلةٌ بقبيلة،وحيٌّ بحيّ،ورجُلٌ برجل، والموالي بعضُهم أكفاءٌ لبعض،قبيلةٌ بقبيلة،وحيّ بحيّ، ورَجُل برجل"(١)

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا حامد(٢) بن الشّاذي الكَشي شقة قال ثنا علي بن حَجَر قال ثنا بَقِيَّة بن الوليد قال ثنا مُبَشّر بن عبيد عن الحجّاج بن أرطاة عن عطاء و(٣) عَمْرو بن دينار عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"لا يُزَوِّجْنَ النساء إلا الأكفاء،ولا مهر دون عشرة دراهم"(٤)

وروى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "تخيَّرُوا لنُطَفِكُم،وأنْكِحُوا الأكفاء،وأنْكِحُوا إليهم"(٥)

ويدل على ذلك أيضا ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي:"ثلاث لا تُؤَخِّرْهُنَّ:الصلاة إذا أتَتْ،والجنازة إذا حَضَرت، والأيِّم إذا وَجَدْت كفؤا"(٦)

"وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال:لأَمْنَعَنَّ النساءَ ذواتِ الأحساب

---

(١) سنن البيهقي ١٣٤/٧ وقد ذكر له عدة طرق لكنها اما ضعيفة أو ضعيفة جدا أو منكرة،وقد بين هذا أيضا ابن حجر في التلخيص الحبير ١٦٤/٣،وفي الدراية ٦٣/٢،وينظر نصب الراية ١٩٧/٣،لكن مع هذا "قيل للامام أحمد رحمه الله :وكيف تأخذ به، وأنت تضعفه ؟قال:العمل عليه" كما في المغني ٣٧٧/٧.

(٢) في الأصل (حماد)،والتصويب من تاريخ بغداد ١٦٨/٨،وقد ذكره المؤلف على الوجه الصحيح ص/٦٢٤.

(٣) في الأصل (عن)،والتصويب من كتب السنن.

(٤) سنن الدار قطني ٢٤٥/٣ وقال"مبشر بن عبيد متروك الحديث"اهـ،سنن البيهقي١٣٣/٧ وقال:"حديث ضعيف بمرة"اهـ. لكن قال ابن الهمام في فتح القدير ١٨٥/٣ بعد أن ذكر ضعف الحديث قال:"لكنه حجة بالتظافر والشواهد"اهـ،وذكر ابن الهمام في ١٨٦/٣ سندا آخر للحديث.ونقل عن الحافظ ابن حجر أنه بهذا الاسناد حسن ولا أقل منه،وقد توسع في تخريج الحديث الزيلعي في نصب الراية ١٩٧/٣.

(٥) سنن ابن ماجه،النكاح،باب الأكفاء ٦٣٣/١،المستدرك للحاكم ١٦٣/٢ قال الذهبي في تلخيصه : الحارث متهم،وعكرمة ضعفوه . اهـ وقال الزيلعي في نصب الراية ١٩٧/٣"روي من طرق عديدة كلها ضعيفة"اهـ،لكن قال الحافظ ابن حجر في الفتح١٢٥/٩بعد أن ذكر له طريقين فيهما مقال قال:"ويقوي أحد الاسنادين الآخر"اهـ.

(٦) سنن الترمذي،الجنائز،باب ماجاء في تعجيل الجنازة ٣٨٧/٣ وقال حديث غريب،وما أرى أسناده بمتصل،المستدرك ١٦٢/٢ووافقه الذهبي على تصحيحه،وفي الدراية لابن حجر ٦٣/٢قال:اسناده ضعيف وقال البيهقي في السنن ١٣٢/٧عن هذا الحديث "هو أمثلها في اعتبار الكفاءة"اهـ.

تَزَوَّجُهُنَّ إلا من الأكفاء" (١)

وكان ذلك بحضرة الصحابة، من غير مخالفٍ له فيه.

فإن قيل: "روى محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن أبا هند حَجَمَ النبيَّ عليه السلام فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم: يابني بَيَاضَة، أنكِحُوا أبَا هند وانكِحُوا إليه" (٢)

"وروي أن بلالاً خَطَبَ إلى قومٍ من الأنصار، فلم يزوِّجوه، فذَكَرَ ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي عليه السلام: مُرَّ إليهم، فقل لهم: إن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول لكم: زوِّجوني، فذهب فقال لهم، فقالوا: قد فَعَلْنَا" (٣)

فهذان كانا مَوْلَيَيْن، قد أمَرَ النبيُّ عليه السلام الأنصارَ بتزويجهما، فدلَّ على سقوط اعتبار الكفاءة.

قيل له: إنما أمَرَهُم أن يزوِّجوهم برضاهم، لما رأى فيه من الحظِّ في الدِّين، ونحن نجيز ذلك، ولانكرهه إذا كان برضا الأولياء.

وإذا ثبت اعتبار الكفاءة، كان ذلك محمولاً على المتعارَف المعتاد عند الناس، ولذلك جَعَلَ قريشاً (٤) بعضهم لبعض أكفاء، ثم سائرَ العرب بعضهم لبعض أكفاء، لجريان العادة به عندهم.

قال: (ولا يكون هذا في شيءٍ ممَّا ذكرنا إلا بوجود المهر والنَّفَقَة)، وذلك لأن المهر بدل من البُضْع، والنفقة مستَحَقَّة بتسليم نفسها في بيت الزوج، والكفاءة هي المساواة، ولا يكون

---

(١) سنن الدار قطني ٢٩٨/٣، سنن البيهقي ١٣٣/٧.
(٢) سنن أبي داود، النكاح، باب في الأكفاء ٥٧٩/٣ وسكت عنه هو والمنذري في المختصر ٤٤/٤، المستدرك ١٦٤/٢ "وأبو هند مولى بني بياضة، ليس من أنفسهم" كما في معالم السنن للخطابي، وبنو بياضة بطن من بطون الخزرج من الأنصار، كما في الانباه على قبائل الرواة لابن عبد البر ص/١٠٥.
(٣) لم أهتد إلى تخريجه بهذا السياق، لكن عند ابن سعد في الطبقات ٢٣٨/٣ أن بلالاً تزوج امرأة عربية من بني زهرة، وعند الدار قطني في السنن ٣٠٢/٣ أن هالة بنت عوف، أخت عبد الرحمن كانت تحت بلال، وابن عوف من بني زهرة، كما في الانباه لابن عبد البر ص/٤٧.
وفي الطبقات ٢٣٧/٣ فيه أن بني أبي البكير جاؤوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: زوج أختنا فلانا، فقال لهم: أين أنتم من بلال ... قال فأنكحوه. اهـ
(٤) في الأصل (قريش).

هذا لها مع وجود ذلك من جهتها إذا لم يَجِدْ هو بدل ذلك.

قال أبو بكر:وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال:الكفؤ في الحسب والمال والدِّين،وهو قول أبي يوسف.

قال أبو يوسف:إن كان فاسقاً معلِنّاً،فليس بكفؤ،وإن كان مستَتِراً،فهو كفؤ.

(واعتبر أبو يوسف الكفاءَةَ في الصناعات أيضاً في العرب والمَوالي،فقال:لا يكون الحجّام،ولا الكَنّاس،ولا الحائكُ كفؤا لصَيْرَفِيّ،ولا لخَزّان،ولا لصاحب جَوْهر)(١)

وقال ابنُ سمَاعة عن محمد:الكفؤ في الحسب وفي المال،ألا ترى أن الرجلَ قد يكون ذا حَسَب ومال،ولا يُنَال من فعله،وتكون المرأة صالحة،ولا أفرِّق بينهما إذا كان له جَاه وقَدْر،فإذا كان له حَسَب،وكان يشربُ ويَسْكر،حتى يسخَرَ منه الصبيان،ويُضْحَكَ منه، والمرأة صالحة،فرَّقتُ بينهما،وذَنْبُ هذا أيسر من ذنب ذلك،فليس الدِّين من هذا في شيء.

قال أبو بكر:وكان أبو الحسن الكرخي يخالف أصحابَنا في اعتبار الكفاءة،من جهة النَّسَب والصناعات،وقال:هم أكفاء في الأنفس والقصاص،ففي النكاح أولى بأن يكونوا أكفاءً،وكان يقول:إن صحَّ اعتبار الكفاءة،ففي المهر والنفقة،لأن المهرَ بدلُ البُضْع،والنفقة مستَحَقّة بتسليم نفسها.

مسألة: [جواز نكاح المرأة بغير أَمْرِ وليها]

قال أبو جعفر:(وإذا تزوَّجت المرأة البالغة.الصحيحةُ العقل بغير أَمْرِ وليِّها،فالنكاح جائز،وإن كان كفؤاً لها،لم يكن للأولياء أن يفرِّقوا بينهما،وإن كان غير كفؤ لها،كان لوليِّها أن يفرِّق بينهما.)(٢)

---

(١) بائع الثياب،كما في تاج العروس (خزن).

(٢) "وهذه الفرقة فسخ،لاينقص عدد الطلاق،ولايجب عندها شيء من المهر ان وقعت قبل الدخول،وبعده لها المسمى...،ولا تثبت هذه الفرقة الا بالقضاء...،والنكاح قبله صحيح،يتوارثان اذا مات أحدهما قبل القضاء،هذا على ظاهر الرواية،أما على الرواية المختارة للفتوى،فلايصح العقد أصلا اذا زوجت نفسها من غير كفء"كما في فتح القدير لابن الهمام ١٨٧/٣،وفي اللباب =

وقال أبو يوسف: يَنْظُرُ القاضي في ذلك، فإن كان غير كفؤ لها، فَسَخَ نكاحَها عليها، وأصلُه غير جائز عليها، وإن كان كفؤاً لها، أَمَرَ وليَّها بإجازة نكاحِها، فإن أجازه جاز، وإن أبى أن يجيزه، أجازه القاضي.

وقال محمد مثل ذلك، إلا في إباء وليِّها إجازة نكاحِها، فإنه قال: يُخرجه القاضي بذلك من ولايتها، ويُبْطِلُ العقدَ المتقدِّم، ويستأنف عقدَ النكاح عليها)

قال أبو بكر: وما ذَكَرَه أبو جعفر من قول محمد، أنه إذا لم يُجِزْه الولي، أخرجه من الولاية، ويبطل العقد المتقدم، ويستأنف عقداً ثانياً، لا نعرِفُه من قول محمد، بل المشهور عنه أن الولي إذا لم يجزه، أجازه القاضي.(١)

والحجة لأبي حنيفة في جواز عقدها بغير إذن الولي، مِن وجوه ثلاثة: الكتاب، والسنة، والنظر.

فأما الكتاب فقوله {فلا تحلُّ له مِن بعد حتى تَنْكِحَ زوجاً غيرَه فإن طلَّقَها فلا جُنَاحَ عليهما أن يَتَرَاجَعا}(٢)

وهذه الآية تدل مِن وجهَيْن على صحة ما قلنا:

أحدهما: قوله تعالى {حتى تنكِحَ زوجاً غيرَه} فأجاز عقدَ النكاح بفِعْلِها، وصحَّحه، حتى أجاز طلاقَ الزوج لها بعده.

والآخر: قوله {فلا جناح عليهما أن يتراجَعَا}، فأضاف التراجع -وهو عقد مستأنَف- إليها أيضاً.

ومَن أَبَى جواز ذلك، فقد خالفَ الآية مِن هذين الوجهين.

ويدل عليه أيضا قولُه تعالى {فإذا بلَغْنَ أجلَهُنَّ فلا جُنَاحَ عليكم فيما فَعَلْنَ في أنْفُسِهِنَّ بالمَعْروف}(٣) فأجاز فعلَها في نفسها بالمعروف، مِن غير شرطِ الولي.

= للميداني ٨/٣ نقل عن جمع من علماء المذهب أن المفتى به أن النكاح لا يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد، الذي سيذكره المؤلف عنهما.

(١) ومثله في شرح الاسبيجابي ٢/لوحة ٦٤ب.

(٢) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣٠.

(٣) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣٤.

فإن قيل: فينبغي أن يدل أن هذا فعل بالمعروف، حتى يصحّ لك الاحتجاج باللفظ. وما أنكرتَ أن يكون المعروف معه أن يكون بولي، ومتى كان بغير ولي، فليس بمعروف.(١)

قيل له: الذي يقتضيه ظاهر اللفظ، أن يكون المعروفُ المذكورُ فيه شرطاً في البدل، لأن الباء تصحَبُ الأبدال، كقولك: تَزَوَّجْهَا بألف درهم وبثوب، ونحو ذلك. فإذا كان هذا مقتضى اللفظ، فمتى تزوج بمالٍ معلوم، فقد قضينا عُهدَةَ الآية، وصحّ لنا الاحتجاج بظاهر اللفظ في جواز عقدها.(٢)

وعلى أنه مهما كان المعروف من شيء، فلا جائز أن يكون شرطَ الولي، وذلك لأن تزويجَ الولي إياها، لا يكون فعلاً منها في نفسها والله تعالى إنما أجاز فعلَها في نفسها، فغير جائز أن يكون المعروف المذكور في الآية رافعاً لحكم اللفظ، ومانعاً من إجازة ما اقتضى اللفظ جوازه من فعلها في نفسها.

فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد بقوله {فيما فَعَلْنَ في أنفسهن} اختيارُ الأزواج.

قيل له: عمومُه يقتضي جوازَ الكل، ومَن قَصَرَه على اختيار الزوج دون العقد، فهو تارك لحكم الآية بغير دلالة.

وأيضاً فاختيارها الزوج لا يحصل به فعل في نفسها، فلا يجوز أن تتأول الآية على معنى لا يقتضيه اللفظ، ولا يحصل به حكم.

*** ودليل آخر، وهو قوله تعالى{فلا تعضُلُوهُنَّ أن يَنْكِحْنَ أزواجَهنَّ إذا تراضَوْا بينهم بالمعروف}(٣)

وفيه الدلالة من وجهين على صحة قولنا:

أحدهما: إضافته فعلَ العقد بقوله {أن ينكِحْنَ أزواجهن} لأنه

---

(١) أي تدلل على أن النكاح بغير ولي هو معروف، وتدلل على وجه انكارك على من قال: ان من المعروف، النكاح بولي، فان لم يكن بولي فليس بمعروف، والله أعلم.

(٢) "وعلى هذا، فينصرف المعروف الى مقدار المهر، وهو أن يكون مهر مثلها، لا نقص فيه، ولذلك قال أبو حنيفة: اذا نقصت من مهر المثل، فللأولياء ان يفرقوا بينهما" أحكام القرآن للمؤلف ٤٠٠/١ بتصرف.

(٣) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣٢، ومعنى لا تعضلوهن أي: لا تمنعوهن، أو لا تضيقوا عليهن في التزويج، كما في أحكام القرآن للمؤلف (٤٠٠/١).

[٦٠١]

سواء قلت: نَكَحت أو عَقَدَت، فاقتضى اللفظ جواز عقدها على نفسها.

والوجه الثاني: نهيُه الوليَّ في عضلها، إذا تراضَوْا بينهم بالمعروف، فإذا عَضَلَها، ومَنَعَها العقد، وهي قد وضعت نفسَها في كفؤ، لم يكن له ولاية فيما عَضَلَها فيه، لأن أحداً لا يستحق الولاية على غيره، فيما عليه فيه ضرر.

ألا ترى أن الأب، لا ولاية له على الصغير، في هبة المال وإتلافه، لما عليه فيه من الضرر.

وإذا زالت ولايته في حال العَضْل، صار كالأجنبي، ولا يجوز للقاضي المنع من مثل هذا العقد، الذي صار الولي بعضله إياها عاصياً، فَجَعَلَ العقد جائزاً، لا حق لأحدٍ في فسخه، فجاز.

١٧١ فإن قيل: إنما (١) /نهاه عن العضل، إذا كان بالمعروف، فدلَّ على أن عقدَها بغير ولي [ليس] (٢) من المعروف.

قيل له: قد أجبتُ عن ذلك في صدرِ المسألة، مما فيه كفاية، فتأمَّلْه.

وفساد هذا السؤال في هذا الدليل، أَوْكَدُ منه في الأول، لأنه قال {أن يَنْكِحْنَ أزواجَهن} واختيار الزوج لا يسمَّى نكاحاً بحال، ولايجوز أن يُقال لمَن اختارت أن تُزَوَّج من هذا، أنها قد نَكَحَتْه.

وأيضا قد ذكر في الآية، الاختيار مع النكاح، لأنه قال {أن يَنْكِحْنَ أزواجَهن إذا تراضَوْا}، فانتظمت الآية ذكرَ العقد، والاختيارَ جميعاً، وكلُّ ذلك مضاف إلى الزوجَيْن، دون الأولياء.

فإن قيل: لو جاز عقدها لم يكن لنهي الولي عن العَضْل معنى، وكان ذلك بمنزلة الأجنبي، فدل على نهيه عن العضل، على أنه يملِكُه، وأن عقدَها غير جائز مع عَضْله.

قيل له: هذا كلام ساقط، لأنه لا يجوز أن يُستدلَّ بالنفي، على إثبات الحق له في العضل، وإنما يدل النهي على سقوطِ حقه في منعِها عن العقد.

---

(١) في الأصل (نهاها).
(٢) ساقطة من الأصل، وهي مثبتة في أحكام القرآن ١/٤٠٠، ويقتضيها المعنى.

وإنما خصَّ الأولياءَ بالنهي لجريان العادة بكونها في بيت الولي، أو تحتَ يده، فقد يُمْسِكُنه أن يحبِسَها، ويمنَعَها الخروجَ للعقد، أو المراسَلَة فيه، فهذا وجه نهيه عن العَضْل، إن كان الخطاب متوجهاً إلى الأولياء.

وأيضاً فلا دلالة في لفظ الآية على أن ذلك خطاب للأولياء، لأنه قال تعالى{وإذا طَلَّقْتُم النساءَ فبَلَغْنَ أجَلَهُنَّ فلا تَعْضُلُوهُنَّ أن يَنْكِحْنَ أزواجَهن}(١) فظاهر اللفظ يدل على أنه خطاب للأزواج، في النهي عن تطويل العدَّة عليها، بأن يراجعَها في آخر عِدَّتها، ثم يطلِّقها، ثم يراجعها في آخر عدَّتها، وهو كقوله{ولا تُمْسِكُوهُنَّ ضِراراً لتَعْتَدُوا}(٢).

ومعنى قوله{فبلَغْنَ أجلَهنّ} أي قارَبْنَ البلوغ، كما قال{فإذا بلَغْنَ أجلَهنَّ فأمْسِكُوهُنَّ بمَعْرُوف}(٢) ومعناه مقاربة البلوغ.

فإن قيل: "روي أن الآية نزلَتْ في شأن مَعْقِل بن يَسار حين عَضَلَ أختَه أن يزوِّجها من زوجٍ لها قد كان طلَّقها، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم، وأَمَرَهُ بتزويجها"(٣)

قيل له: لا يمتنع أن يكون قد كان من مَعْقِل بن يسار منعٌ لأخته من التزويج، وأن النبي عليه السلام دعاه، وأَمَرَه بتزويجها.

ولا دلالة في ذلك، أن خطابَ الآية متوجِّه إليه، لأنه ليس يمتنع أن تكون الآية قد نزلَتْ في مَنْعِ الزوج، وتطويلِ العدَّة عليها، ثم لما بانَتْ خَطَبَها، فعَضَلَها أخوها مَعْقِل، فأمَرَه النبيُّ صلى الله عليه وسلم بأن يزوِّجها.

وعلى أنه لو صحَّ أن الخطاب توجَّه إلى الآباء، فدلالتنا قائمة لأن معقلاً عَضَلَها، فنهاه النبيُّ عليه السلام عن العَضْل، وأجاز عَقْدَها.

فإن قيل: فما معنى أمر النبي عليه السلام إياه بتزويجها.

---

(١) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣٢.
(٢) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣١.
(٣) صحيح البخاري، التفسير، باب"وإذا طلقتم النساء..."٨/١٩٢.

قيل له: لأنه لم يُحِبّ أن يبتذلها للحضور عند الرجال، والخطاب بالتزويج.

ومَن أَوْلَى بالحق من الفريقَيْن، مَن اعتصَمَ بحُكْمِ الآية، وما تضمَّنَتْه من نهي مَعْقِل بن يسار عن العَضْل، أو مَنْ أقامَ على جواز العَضْل، ومَنَعَ النكاح به على ما كان فَعَلَه مَعْقِل، فنُهِيَ عنه؟.

وأيضا ليس يمتنع أن يكون قوله {فلا تَعْضُلُوهُنَّ} خطاباً للناس كلهم، بأن لا يعتقدوا بطلانَ عَقْدِها، ولا الحكمَ بفساد نكاحها، لأن العَضْلَ هو المنع، فيجوز أن يُطْلَقَ على مَن اعتقدَ مِن حُكمِه بطلانه أن يقول: مَنَعَ فلانٌ الفقيه هذا العقد.

*** ودليلُنا مِن جهة السنة ما حدثنا محمد بن بكر قال ثنا أبو داود ثنا الحسن[(1)] بن علي قال ثنا عبد الرزاق قال أنا مَعْمَر عن صالح بن كَيْسان عن نافع بن جُبَيْر بن مُطْعِم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ليس للولي مع الثيِّب أمْر"[(2)]

قال أبو داود وحدثنا القَعْنَبِيّ قال ثنا مالك عن عبد الله ابن الفَضْل عن نافع بن جُبَيْر عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الأيِّم أحقُّ بنفسها مِن وَلِيِّها"[(3)]

فمَنَعَ أن يكون له حق في منعها العقدَ على نفسها، كقوله عليه السلام "الجارُ أحق بسَقَبِه"[(4)] وقوله لأمِّ الصغير "أنتِ أحقُّ به مالم تَزَوَّجي"[(5)] فنَفَى بذلك كله أن يكون له معها حق.

ويدل عليه أيضا "حديث الزهري عن سهل في المرأةِ التي وَهَبَتْ نفسَها للنبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام: ما لي في

---

(١) في الأصل (الحسين)، والتصويب من كتب السنن.
(٢) سنن أبي داود، النكاح، باب في الثيب ٥٧٨/٢-٥٧٩ وسكت عنه سنن النسائي، النكاح، باب استئذان البكر ٨٥/٦، صحيح ابن حبان (موارد الظمآن) ص/٣٠٤ (١٢٤١).
قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٦١/٣ رواته ثقات.
(٣) سنن أبي داود ٥٧٧/٣، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح باب استئذان الثيب ١٠٣٧/٢.
(٤) تقدم ص/٣٤٣، حاشية (٤).
(٥) سنن أبي داود، الطلاق، باب من أحق بالولد ٧٠٧/٢-٧٠٨ وسكت عنه، المستدرك للحاكم ٢٠٧/٢ ووافقه الذهبي على تصحيحه، سنن البيهقي ٤/٨.

النساء حاجة، فقام رجل فسأله أن يزوجها، فزوّجها[1] "ولم [يسألها][2] هل لها ولي؟ ولم يشترط الولي في جواز عقدها.

"وحديث النبي صلى الله عليه وسلم حين خَطَبَ أمَّ سَلَمة، فقالت ما أحدٌ مِن أوليائي شاهداً، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ما أحدٌ مِن أوليائك شاهدٌ ولا غائب يكرهني، فقالت لابنها، وهو غلام صغير[3]: قُمْ فزوّج رسولَ الله صلى الله عليه وسلم، فزوّجها[4]" فقد تزوّجها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم بغير ولي.

فإن قيل: لأن النبي صلى الله عليه وسلم كانَ وليَّها، وولي المرأة التي وَهَبَت نفسَها، لقولِ الله تعالى{ النَّبيُّ أولى بالمؤمنين مِن أنفسِهم }[5]

قيل له: هو أولى بهم فيما يلزمهم مِن اتّباعه وطاعتِه فيما يأمرهم به، فأما أنْ يتصرَّف عليهم في أنفسهم وأموالهم، فلا.

ألا ترى أنه لم يقل لها حين قالت: ليس أحدٌ مِن أوليائي شاهداً، وما عليك من أوليائك، وأنا أولى بك منهم، بل قال: ما أحد من أوليائك يكرهني.

*** قال أبو بكر: واحتجَّ مخالِفُنا بأخبارٍ ثلاثة رُوِيَتْ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:

"أيُّمَا امرأةٍ نُكِحَت بغير إذن وليِّها، فنكاحُها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دَخَلَ بها، فلها مهر مثلها، بما استحلّ مِن فَرْجِها، فإن اشتجروا فالسلطان وليُّ مَنْ لا ولي له"[6]

وبحديثٍ يروى عن علي، وعن أبي موسى، وجابر، وعمران بن حصين

---

(١) صحيح البخاري، النكاح، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه ٧٤/٩. صحيح مسلم، النكاح، باب الصداق ٢/١٠٤٠-١٠٤١.
(٢) ساقطة من الأصل، وأثبتها من أحكام القرآن ١/٤٠١ ويقتضيها السياق.
(٣) يعتبر ابنها وكيلاً عنها وإن لم يبلغ الحلم.
(٤) تقدم ص/٢٩٤، حاشية (١).
(٥) من سورة الأحزاب، آية رقم/٦.
(٦) تقدم ص/٤١١، حاشية (٣).

وأنس بن مالك كلّهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:
"لانِكاحَ إلا بولي"(١)

والحديث الثالث حديث هشام بن حسَّان عن محمد بن سِيْرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"لا تُزَوِّجُ المرأةُ المرأةَ،ولا تُزَوِّجُ المرأةُ نفسَها،فإنَّ الزانيةَ هي التي تُزَوِّجُ نَفْسَها"(٢)

وهذه الأخبار كلها واهية ضعيفة.(٣)

فأما حديث عائشة فأصح ما عندهم فيه حديثُ ابنِ جُرَيج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة.(٤)

وذكر ابنُ عُلَيَّة عن ابن جُرَيْج أنه قال:ثم لقيتُ الزهريَّ فذكرتُ له حديثَ سليمان بن موسى،فلم يعرِفه.(٥) فالزهريُّ في حفظه وإتقانه لم يعرِفْ هذا الحديث،فكيف تثبتُ به الرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم؟.

أرأيت رجلَيْن،لو شَهِدَا عند حاكم على شهادة شاهدَيْن،فلم يَحْكُم الحاكمُ بشهادتهما،حتى حَضَرَ الأوَّلان،فقالا:ما أَشْهَدْنَاهُما على شهادَتِنا،وما نَعْرِفُ هذه الشهادة.

هل كان يجوز للحاكم الحكمَ بشهادة مَن شَهِد على شهادتهما، وهما حاضران لها؟فإذا كان هذا غير جائز قَبُوله،فكذلك ماوصفنا.

فإن قيل:يجوز أن يكون الزهريُّ رواه ثم نَسِيَه.

قيل له:ويجوز أن يكون سليمان بن موسى نَسِي،فروى عن الزهري ما لم يَسْمَعْه،وسليمان أولى بذلك،لأنه شيخٌ غيرُ موصوفٍ

---

(١) تقدم ص/٥٩٠،حاشية (٤).

(٢) سنن ابن ماجه،النكاح،باب لانكاح الا بولي ٦٠٦/١،سنن الدارقطني ٢٢٧/٣ قال ابن الملقن في تحفة المحتاج ٣٦٤/٢ رواه الدارقطني باسناد على شرط الصحيح.
وقد توسع في الكلام عليه الزيلعي في نصب الراية ١٨٨/٣.

(٣) والغريب أن المصنف رحمه الله قبل صفحات قليلة ص/٥٩٠ قال عن حديث"لا نكاح الا بولي وشهود" أنه ورد بألفاظ متعددة، وأنها صحيحة من أكثر الوجوه التي رويت فيه!

(٤) يريد والله أعلم حديث"أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل...".

(٥) شرح معاني الآثار ٨/٣،سنن البيهقي ١٠٦/٧،نصب الراية ١٨٥/٣.

بفقه ولا إتقان،[1] والزهريّ[2] أعلمُ أهل الحجاز في وقته، فالنسيان على سليمان أجوزُ منه على الزهري.

ويدل على فساد هذا الحديث أنَّ عائشةَ قد كانت ترى النكاحَ جائزاً بغير ولي، ولذلك "زَوَّجَتْ حفصةَ بنتَ عبد الرحمن بن أبي بكر المُنذِرَ بنَ الزبير، وعبدُ الرحمن غائب، فلمّا قَدِمَ عبدُ الرحمن غَضِبَ وقال: أَمِثْلِي يُفْتَاتُ[3] عليه في بناته. فقالت عائشة للمُنْذِر: اجْعَلْ أمرَها في يده. فَفَعَلَ. فقال: قد أَجَزْتُ ما صَنَعْتِيه[4]". فلو كان عندها عن النبي عليه السلام في ذلك شيء، لمَا خالَفَتْه إلى غيره.

ومِن مذهب الزهري أيضاً جواز النكاح بغير ولي.[5]

"وذَكَرَ محمدُ بنُ شُجَاع قال حدثنا مُعَلّى عن عبد الأعلى عن مَعْمَر عن الزهري قال: سألتُه عن المرأة تَزَوَّجُ بغير إذن وليِّها؟ قال: إن كان كفؤاً جاز"[6]

وأيضا فلو صح هذا الحديث، كان معناه في الأمَةِ تُزَوِّجُ نفسَها بغير إذنِ المَولى.

كما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال ثنا معاذ بن المثنى قال حدثنا محمد بن كثير قال حدثنا سفيان قال حدثنا ابن جُرَيْج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عُروة عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

---

(١) قال ابن حجر في التقريب ص/٢٥٥ (٢٦١٦) سليمان بن موسى الأموي، الدمشقي، الأشدق، صدوق فقيه، في حديثه بعض لين، وخولط قبل موته بقليل ا.هـ مات سنة /١١٩هـ كما في طبقات ابن سعد ٤٥٧/٧.

(٢) في تقريب ابن حجر ص/٥٠٦ (٦٢٩٦) محمد بن مسلم الزهري، أبوبكر، الفقيه الحافظ، متفق على جلالته واتقانه، وهو من رؤوس الطبقة الرابعة، مات سنة خمس وعشرين ا.هـ أي سنة /١٢٥هـ.

(٣) "افتأت علينا، يفتئت، اذا استبد علينا برأيه" تاج العروس (فأت)، وفي النهاية لابن الأثير ٤٧٧/٣ قال: "يفتات: هو افتعل من الفوات: السبق، يقال لكل من أحدث شيئا في أمرك دونك قد افتات عليك فيه" ا.هـ" أي يفعل في شأنهن شيء بغير أمره" النهاية ٤٠٦/٣.

(٤) شرح معاني الآثار ٨/٣، سنن البيهقي ١١٢/٧ وصححه ابن حزم في المحلى ٤٥٢/٩، وروى البيهقي عن عائشة رضي الله عنها أنها تقول لابد من الولي، وضعف هذه الرواية ابن التركماني في الجوهر النقي.

(٥) أحكام القرآن للمصنف ٤٠١/١.

(٦) المحلى ٤٥٢/٩.

/١٧٢ "أيّما امرأةٍ نُكِحَتْ بغير إذْن مواليها،فنكاحُها باطل/ثلاثَ مرات،فإن دَخَلَ بها،فلها المهر بما أصاب منها،وإن تشاجروا فالسلطانُ وليٌّ مَن لا وليَّ له"(١)

وذِكْرُه "الموالي"يدلّ على أن المراد الأَمَة تُزَوَّج بغير إذن مولاها،لأن المولى على الحقيقة هو مالك الرَّقبة،حتى يقوم الدليل على غيره.

وقوله في الأخبار الأُخَر"بغير إذن وليّها"لايمنع ذلك،لأن المولى وليٌّ إذا كان هو الذي يلي التصرف عليها،في عقد نكاحٍ أوغيره.

فإن قال قائل:وروى هذا الحديث مع سليمان بن موسى عن الزهري،جماعةٌ منهم:جعفر بن رَبيعة(٢)،وقُرَّة بن عبد الرحمن(٣)،والحجّاج بن أَرْطاة(٤)،وعثمان بن عبد الرحمن(٥).

قيل له:كل هؤلاء دونَ سليمان بن موسى،فإذا لم تصح رواية سليمان،للعلّة التي ذكرناها،فهؤلاء أولى بذلك(٦).

وأما ما روي من قوله عليه السلام"لا نكاح إلا بولي"فأصحّ ما فيه عندهم حديث أبي موسى(٧) وهو عندهم مرسَل،وإنما الصحيح منه عن أبي بردة عن النبي عليه السلام(٧)،وقدحدثنا أبو الحسن الكَرْخي قال حدثنا أبو عَوْن الفَرائِضي قال ثنا العباس الدُّوري عن "يحيى بن مَعِين قال:ثلاث لايصح فيها حديث:أحدُها:لانكاح إلابوليّ"(٨)

---

(١) تقدم ص/٤١١،حاشية (٣).
(٢) جعفر بن ربيعة بن شرحبيل،المصري،ثقة،من الخامسة،مات سنة ست وثلاثين ومائة،كما في تقريب التهذيب ص/١٤٠ (٩٣٨).
(٣) قرة بن عبد الرحمن بن حيويل،المعافري المصري،صدوق له مناكير،من السابعة،مات سنة سبع وأربعين،كما في التقريب ص/٤٥٥ (٥٥٤١) أي مات سنة ١٤٧/هـ.
(٤) الحجاج بن أرطاة بن ثور،النخعي الكوفي،القاضي،أحد الفقهاء،صدوق كثير الخطأ والتدليس،من السابعة،مات سنة خمس وأربعين،كما في تقريب التهذيب ص/١٥٢ (١١١٩).
(٥) لم أقف عليه.
(٦) لكن بالنظر الى ما تقدم من ترجمة ابن حجر لهم يتبين أنه ليس كلهم دون سليمان بن موسى،المترجم له في الصفحة السابقة،فجعفر بن ربيعة ثقة،وينظر نصب الراية ١٨٦/٣.
(٧) سنن الترمذي،النكاح،باب ما جاء لا نكاح الا بولي ٤٠٧/٣-٤٠٩ وقد توسع الترمذي في الكلام على الحديث،وكذلك الزيلعي في نصب الراية ١٨٣/٣-١٨٤.
(٨) في تاريخ يحيى بن معين من رواية الدوري ٢٣٢/٣رقم النص (١٠٨٩)قيل ليحيى في حديث عائشة:لا نكاح الا بولي؟فقال يحيى: ليس يصح في هذا شيء الا حديث سليمان بن موسى ا.هـ وينظر سنن البيهقي ١٠٥/٧-١٠٦،١٠٧.

★ وأما حديث علي، فرواه الشَّعْبي عن الحارث عنه (١)، وقد كان من مذهب علي جواز النكاح بغير ولي.

"وروى الشيباني عن عبد الرحمن بن مروان أن امرأةً زَوَّجت ابنَتَها رجلاً بغير ولي، فارتفعوا إلى علي، فأجاز النكاح" (٢)

وقد كان من مذهب الشعبي وهو راوي الحديث أيضا جواز النكاح بغير ولي (٣).

على أنه لو صحَّ الخبر عن النبي عليه السلام بذلك، لما دلَّ على موضع الخلاف بيننا، لأن تزوجَ المرأة البالغة نفسها (٤)، نكاحٌ بولي، لأن الوليَّ هو الذي يملك الولاية في العقد، فإذا قامت الدلالة على أن للمرأة ولايةً في العقد، فنكاحها نكاحٌ بولي.

وإنما النكاح بغير ولي، نكاحُ الصغير، والأَمَة، والعبد، والمجنون، ونحوهم ممَّن لا ولاية لهم في أنفسهم.

ألا ترى أن قوله "لا نكاح إلا بولي" لم يخصَّ به المرأةَ دون الرجل، والرجل إذا عَقَدَ لنفسه عقدَ نكاح، كان نكاحه نكاحاً بولي، لأنه يلي على نفسه، ويتصرف عليها، وكذلك المرأة.

ألا ترى أن ما احتِيْجَ فيه إلى الولي، لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة. لأن العبد، والمجنون، والصبي، لا يصح عقدهم إذا لم يكن عقدهم بولي.

وقد يصح أن يُجعلَ هذا الخبر أصلاً لصحة قولنا، وذلك لأنه قد أجاز النكاح بوليّ، والمرأة وليٌّ، لأنها تلي أمرَ نفسِها، فظاهر الخبر يقتضي جواز عقدِها على نفسها.

★ وأما حديث أبي هريرة عن النبي عليه السلام "لا تُزَوِّجُ المرأةُ

---

(١) سنن البيهقي ١١١/٧.
(٢) سنن البيهقي ١١٢/٤، وفي مصنف عبد الرزاق ١٩٦-١٩٧ عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول: اذا تزوج بغير اذن ولي ثم دخل بها، لم يفرق بينهما، وان لم يصبها فرق بينهما "لكن البيهقي في السنن ١١١/٧ أسند باسناد صحيح الى علي رضي الله عنه أنه لا نكاح الا بولي، وأنه كان من أشد الصحابة رضي الله عنهم في ذلك، والظاهر اختلاف الرواية عن علي رضي الله عنه.
(٣) مصنف ابن أبي شيبة ١٣٣/٤، مصنف عبد الرزاق ١٩٧/٦.
(٤) هكذا في الأصل، وهي على وزن (تفعل) بمعنى (تزويج) على وزن (تفعيل) كما في فتح الباري ١٣٤/٧، مجمع بحار الأنوار ٤٤٢/٢.

المرأةَ،ولا تُزَوِّجُ المرأةُ نفسَها"،فليس ذلك على وجه التحريم، وإفساد العقد،وإنما وجهه أن عقدَ النكاح لما كان شرطُه الشهود،وحضورُ الرجال،كَرِهَ عليه السلام للمرأة أن تحضُرَ ذلك، ولا سيما وقد كان النبي عليه السلام يأمر بإعلان النكاح،وجَرَت العادةُ بعقده في المحافِل العِظام،بمَشْهَدٍ مِن الجماعات،وحُكْمُ النساء أن يَكُنَّ مَصُونَات عن حضورِها،فلذلك استَحبَّ عليه السلام للمرأة أن لا تَحْضُر عقدَ النكاح.(١)

وأيضا قد روى الفَضْل بن موسى هذا الحديث عن هشام بن حسان بإسناده،وقال فيه:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"لانكاح إلا بولي أو سلطان"(٢)

حدثنا به عبد الباقي قال حدثنا حسين بن إسحاق قال حدثنا هَدِيَّة بن عبد الوهاب قال حدثنا الفضل بن موسى.

فيجوز أن يكون هذا أصل الحديث،وأن مَن قال"لا تُزَوِّجُ المرأةُ المرأةَ"إنما نقل المعنى مِن عنده.

★ وأما قوله"فإن الزانية هي التي تزوِّجُ نفسَها"فليس مِن قول النبي عليه السلام،وإنما هو مِن قول أبي هريرة،أَدْرَجَه في الحديث.

ويدل على ذلك ما حدثنا دَعْلَج بن أحمد قال ثنا موسى بن هارون قال ثنا أبي قال ثنا محمد بن سعيد الأَصْفَهاني قال ثنا عبد السلام بن حَرْب عن هشام عن ابن سِيرين عن أبي هريرة رَفَعَه إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"لا تُنْكِحُ المرأةُ المرأةَ،ولا تُنْكِحُ نفسَها.

قال أبو هريرة:كان يُقال:الزانية تُنْكِحُ نفسَها"(٣)

وأَبْيَنُ من ذلك ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال ثنا محمد ابن عثمان بن أبي شيبة قال ثنا عُبَيْد بن يَعِيْش قال ثنا

---

(١) وقد تقدم ذكره لهذا المعنى مختصرا ص/٦٠٣.
(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ١٢٩/٤ موقوفا على عمر وابن عباس رضي الله عنهم.
(٣) مصنف ابن أبي شيبة ١٣٥/٤،سنن البيهقي ١١٠/٧.

عبد الرحمن بن محمد البخاري قال ثنا عبد السلام بن حَرْب عن هشام بن حسان بإسناده مثله، قال أبو هريرة: وكُنّا نقول: التي تُزَوِّجُ نفسَها هي الزانية.(١)

فأخبرَ أن ذلك مِن قوله، لا مِن لفظِ النبي صلى الله عليه وسلم، فأخبَرَ في هذا الحديث أنه ليس مِن قول النبي صلى الله عليه وسلم، لأنه يمتَنِعُ أن يقول فيما قد حفظه عن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقال.

وعلى أنه لا خلاف بين المسلمين(٢) أن نفسَ النكاح ليس بزناً، محال لأسمائه(٣) مجازاً ولا حقيقة، وإنما يقع الوطء حينئذٍ محرَّماً على قول مَن لا يُجيْزُه.

والنبي صلى الله عليه وسلم لم يذكر الوطءَ، وإنما ذَكَرَ العقدَ، والعقدُ لا يكون زناً بوجه، وعلى أن الواجبَ حَمْلُ اللفظ لو ثبت على حقيقته، وحقيقة النكاح هي الوطء، فيكون حينئذ معنى اللفظ: الزانيةُ هي التي تُمَكِّن مِن الوطء مِن غير عقد، وكذلك نقول، إذ ليس في اللفظ ذكر العقد.

وعلى أنه لو ثَبَتَ أن المراد العقد، كان معناه: أن تزوّج نفسَها بغير شهود، كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: الزانيةُ التي تُنْكِحُ نفسَها بغير بيِّنة.(٤)

وهذه المعاني كلها إنما نعتبرها، ونتكلم عليها، على تسليم الخبر، فأما إذا اعتبرنا أصلَ الخبر ومخرجه، فإنا نجده ضعيفاً واهناً، لو احتُجَّ على مخالِفٍ بمثله، لما قَبِلَه، لأن الذين يروونه عن هشام بن حسان قومٌ لا تثبت بهم حجة، وذِكْرُه يطول.

---

(١) سنن البيهقي ١١٠/٧.
(٢) المغني ٣٣٧/٧.
(٣) في الأصل (فحال)، ولم أجد أقرب للمعنى مما أثبته، ويكون المراد - والله أعلم - أن عقد النكاح الذي أقامته المرأة على نفسها لا يسمى زنا، ومحال في أسماء النكاح مجازا ولا حقيقة أن يسمى ما جرى زنا، هذا ما استطعت تقديره، مع أن المؤلف ذكر في أحكام القرآن ٤٠٣/١ هذا الاستدلال لكن لم يذكر هذه الكلمات الأربع (فحال لأسمائه مجازا ولا حقيقة) والله أعلم بالصواب.
(٤) تقدم ص/٥٩١، حاشية (٢).

ومثل هذا الخبر لا يجوز الاعتراض به على ظاهر الآي [التي](١) تلونا، ولا على السُّنَن الثابتة التي قدَّمنا.

فإن قيل: لو لم يكن للولي ولاية /في العقد، لما كان له الاعتراض إذا زوَّجت نفسها من غير كفؤ. ١٧٣

قيل له: لم يتعلَّق حقه بنفس العقد، وإنما تعلَّق حقُّه بما يُدْخِلُ عليه من الغَضَاضة في وَضْعِها نفسَها في غير كفؤ.

وثبوت حقِّه بعد وقوع العقد، هذا الوجه لا يدل على بطلان العقد في الأصل، ألا ترى أن الشفيعَ ثبت له الحق في العقد بعد وقوعه، ولا يُوجِبُ(٢) ذلك بطلان العقد بَدْءاً، وكذلك وجود العيب بالعبد يوجب للمشتري الخيار في الردّ، ولا يدل ثبوت خياره في الفسخ بعد وقوعه على بطلان العقد.

★ والذي يدل من جهة النظر على صحة قولنا، اتِّفاق الجميع على جواز نكاح الرجل، إذا كان جائز التصرف في ماله، كذلك المرأة، لما كانت جائزة التصرف في مالها، وجب أن يجوز عقدُ نكاحِها.

والدليل على أن العلَّة في جواز نكاح الرجل [ما](١) وصفنا، أن الرجل إذا كان مجنوناً، غير جائزِ التصرف في ماله، لم يجز نكاحه، فدل على صحة ماوصفنا.

فإن قيل: الفرق بينهما أن الرجلَ وإن تزوَّج غيرَ كفءٍ، لم يكن للأولياء فسخ نكاحه.

قيل له: إختلافهما من هذا الوجه، لا يمنع الجمعَ بينهما من الوجه الذي ذكرنا، وإنما اختلفا مِن قِبَل أن تزويج الرجل غير كفء، لا يُدخل غَضَاضَة على أوليائه، وتزويج المرأة غير كفءٍ، تدخل الغَضَاضة على أوليائها.

مسألة: [لا ينعقد النكاح بشهادة عَبْدَيْن]

قال: (ومَن تزوَّج بشهادة عَبْدَيْن، لم ينعَقِدْ نكاحُه)

قال أحمد: الأصل في ذلك أنَّ كلَّ مَن جاز أن يكون وليّاً في عقد

---

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) في الأصل (يجب).

النكاح،جاز وقوع العقد بشهادته،وذلك لأن وجودَ الولي فيه بعض العقد،كالشهادة،فلما لم يجز أن يكون العبد ولياً في العقد،لم يجز أن يكون شاهداً فيه.

ولهذه العلّة لم ينعقد بشهادة الصغيرَيْن،والكافِرَيْن.

وأما المحدود في القذف والأعمى،والفاسق،فكلّ هؤلاء يصح أن يكون ولياً في العقد،فجاز أن يكون شاهداً.

وإن شئتَ قلتَ،إن كلَّ مَن صحَّ العقد بقَبُوله،جازَ مثلُه أنْ يكون شاهداً فيه،والعبدُ ممَّن لايصح العقد بقَبُوله،وإنمايصح بالمَولى.

وكذلك الصبي والكافر في عقد المسلم،وإنما وَجَبَ أن تكون الشهادة معتَبَرة بالقَبُول،لأن العقدَ مفتَقِر في صحته إلى الشهادة والقبول.

وأما المحدود في القَذْف والفاسق ونحوهم،فكل هؤلاء يصح العقد بقبولهم،فجاز أن يكونوا شهوداً فيه.

فإن قيل:لمَّا لم يصح إثبات العقد عند الحاكم بشهادة هؤلاء وَجَبَ أن لا ينعقد بحضورهم.

قيل له:ليس حال تحمّل الشهادة معتبَرة بالأداء،والدليل على صحة ذلك،أنه قد يصح أن يتحمّل الرجل شهادةً في حال الكفر والرّق،فيؤديَها في حال الإسلام،والبلوغ،والحرّية،وتكون شهادتُه مقبولة،فدل على أن التحمّل غير معتبَر بالأداء.

ويدل على ذلك أيضا أنه لو تزوّج امرأةً بشهادة ابنَيْه منها،جاز العقد،ولم يقدح فيه امتناع إثبات هذا الحق بشهادتهما.(١)

فإن قيل:روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لانكاح إلا بولي،وشاهدَيْ عدل"(٢)

يروى ذلك في حديث عائشة،وعن عِمران بن حصين،وجابر،وأنس كلهم عن النبي صلى الله عليه وسلم.

---

(١) في الأصل (لمن).
(٢) تقدم ص/٥٩٠،حاشية (٤)،والمراد الاعتراض على قبول شهادة الفاسق ونحوه،حيث نص الحديث على كونهما عدولا.

قيل له: طريق هذه الأحاديث ضعيفة واهية جداً (١). ولولا كراهة التطويل لبيّنّاها، وعلى أنها لو ثبتت، لما جاز الاعتراض بها على ما قدّمنا، ولا أوجبَ منعَ النكاح وفساده إذا لم يكن الشهود عدولاً، وذلك لأن سائر الأخبار الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك، توجب جوازَ النكاح بحضور الفاسِقَيْن، لأن قوله "لا نكاح إلا بولي وشاهدَيْن"، وقوله، لا نكاح إلا بولي وشهود" يقتضي جواز النكاح بحضور الفاسِقَيْن.

واللفظ الذي فيه ذكر العَدَالة، لو حَمَلْنَاه على نفي الأصل، كان فيه تخصيصُ اللفظ المطلَق الذي ليس فيه شرط العدالة. فقد يمكننا استعمال اللفظ من غير تخصيص، بأن يُجعلَ الخبر الذي فيه (٢) شرط العدالة، محمولاً على نفي الكمال، لا نفي الأصل، ويكون/ معناه: لا نكاح تام، إلا بشهادة عدْلَيْن، إذ لا يمكن لأحدٍ (٣) إثباته مع التجاحد عند الحاكم إلا [بالشهود] (٤). /١٧٤

[وأيضاً] (٥) لا يجوز لنا تخصيص اللفظ بلفظ يحتمل التخصيص، ويحتمل غيره. ولأنّا متى أمْكنَنَا استعمال اللفظَيْن على فائدتَيْن لم يُقْتَصَرْ بهما على فائدةٍ واحدة.

مسألة: [صحّةُ عَقْدِ الكافِرَيْن بشهادةِ كافِرَيْن]

قال أبو جعفر: (فإن كان الزوجان كافِرَيْن، انعقدَ النكاح بحضور شاهدَيْن كافِرَيْن)

قال أحمد: وذلك لما بيّنّا، أنَّ كلَّ مَن جاز أن يكون ولياً في العقد، جاز أن يكون شاهداً فيه، والكافر يكون ولياً للكافر في عقد النكاح.

وعلى العلة الأخرى، أن النكاح قد يصح بقَبُول الكافر، فجاز أن يكون مثله شاهداً فيه.

---

(١) لكن تقدم ص/٥٩٠ أنها صحيحة ويجب الأخذ بها.
(٢) في الأصل (ليس فيه).
(٣) في الأصل (أحدا).
(٤) في الأصل (عند الحاكم لا) هكذا، ووضع الناسخ علامة (:٠) دليل على استشكاله النص، وأكملت النص بما أثبته، ثم وجدت في الصفحة التالية، ما يفيد هذا، والله أعلم.
(٥) ساقطة من الأصل.

وأيضا فإن نكاح أهل الذمة يجوز عندنا بغير شهود، و[لو] (١) أسلموا لم يفرّق بينهم.

قال: [زواجُ المسلم مِن نصرانيةٍ بشهادة كافرَيْن]

(وإذا تزوّجَ المسلمُ نصرانيةً، بشهادة كافِرَيْن، جاز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف)

قال أحمد: وهذا صحيح لما (٢) قدمنا من الأصل، مِن أنَّ كلَّ مَن جاز أن يكون وليّاً في عقد، جاز أن يكون مثلُه شاهداً فيه، والكافر يصح أن يكون وليّاً في هذا العقد.

وأيضا فإن هذا العقد، قد صحَّ بقَبُول الكافر، وهي المرأة، فجاز أن يكون الكافر شاهداً فيه على النحو الذي بيَّنّا.

وأيضاً فقد أتى الرجلُ مِن الشهود، بما يثبت به العقد على المرأة، لو أرادَ إثباتَه عند الحاكم لو جَحَدَتْه، فإذا جاءَ مِن الشهود مَن عليه إثبات العقد به عند الحاكم، صحَّ العقد، لأن جَحْدَ (٣) المرأة لا تحتاج فيها إلى الشهود، لأن نكاح أهل الذمة جائز بغير شهود.

وقال محمد: لا يصح، لأن الشهود في هذه الحال، بمنزلة مَن يسمع لفظَ الزوج بالعقد، لأن حضورَهم في عقد المسلم كَلَا حضور.

قال أحمد: ليس حضورهم عقد المسلم، بمنزلة مَن لم يسمع قوله، والدليل على ذلك أنه لو كان معها رجلان كافران، وحضَرَا (٤) العقد، ثم أسلما، فشهدا بالعقد، وقالا: كان معنا مسلمان، حكم بالعقد، ولم يكونا بمنزلة مَن لم يسمع لفظ المسلم بالعقد.

مسألة: [استئذان البِكْر في زواجها]

قال أبو جعفر: (ولا ينبغي للرجل أن يزوِّجَ ابنتَه البِكْر البالغ الصحيحة العقل، حتى يَسْتَأذِنَها، فإن سَكَتَتْ، كان ذلك كإذنها بالقول، وإن أَبَتْ، لم يجز تزويجه إياها)

---

(١) ساقطة من الأصل.
(٢) في الأصل (ما).
(٣) في الأصل (حبه) هكذا، وينظر لما رقّمته المبسوط ٥/٣٤، والله أعلم بالصواب.
(٤) في الأصل (مسلمان).

قال أحمد: يُحتَجُّ فيه من جهة الظاهر بقوله تعالى {ولا تَكْسِبُ كُلُّ نفسٍ إلا عليها}(١) وبقوله {وأَنْ ليسَ للإنسان إلا ما سَعَى}(٢)

وجميع ما قدمنا في جواز النكاح بغير ولي، يدلّ على ذلك أيضا، لأنها إذا جاز لها تزويج نفسها، لم يجز عقد الأب عليها بالاتّفاق.

ومن جهة السنة ما حدثنا محمد بن بكر البصري قال حدثنا أبو داود قال حدثنا أبو كامل قال حدثنا يزيد بن زُرَيْع قال حدثني محمد بن عمرو(٣) قال أبو سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"تُسْتَأْمَرُ اليتيمةُ في نفسها، فإن سَكَتَتْ، فهو إذنها، وإن أَبَتْ، فلا جواز عليها"(٤)

ومعلوم أن المراد باليتيمة في هذا الموضع البِكْر، لاتفاق الجميع(٥) على أن السكوتَ لا يكون إذنا إلا في البِكْر خاصة.

ويدل لفظ الخبر على أنها بالغ، لأن الصغيرَ لا اعتبار بإذنها.

فإن قيل: معناه اليتيمة التي لا أبَ لها، فيزوجها وليٌّ غير الأب.

قيل له: الكبيرة لا تسمَّى يتيمة(٦) من جهة فَقْد الأب، وإنما تسمَّى من جهة أنها مفَرَدَة عن زوج(٧)، كما أنشد أبو عمر(٨) غلامُ ثَعْلب عن

---

(١) من سورة الأنعام، آية رقم/١٦٤.
(٢) من سورة النجم، آية رقم/٣٩.
(٣) في الأصل (عمر)، والتصويب من كتب السنن.
(٤) سنن أبي داود، النكاح، باب في الاستئمار ٢/٥٧٣، سنن الترمذي، النكاح، باب ما جاء في اكراه اليتيمة على التزويج ٣/٤١٧ وقال حديث حسن، سنن النسائي، النكاح، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة ٦/٨٧، المستدرك للحاكم ٢/١٦٦-١٦٧ وقال صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي أنه صحيح على شرط مسلم، صحيح ابن حبان (موارد الظمان) ص/٣٠٤ (١٢٤٠).
(٥) المغني ٧/٣٨٦.
(٦) في لسان العرب (يتم) ١٢/٦٤٦ "واذا بلغا - أي الصبي والصبية - زال عنهما اسم اليتم حقيقة" ا.هـ
(٧) في اللسان (يتم) ١٢/٦٤٥ "اليتم: الانفراد.. قال أبو عبيدة تدعى يتيمة مالم تتزوج، فاذا تزوجت زال عنها اسم اليتم" ا.هـ
(٨) هو أبو عمر محمد بن عبد الواحد الزاهد، وقد تقدم في شيوخه، وقد جاء في الأصل (أبو عمرو).

ثعلب عن ابن الأعرابي:(1)

إن القبورَ تَنْكِحُ الأيَامَى   النِّسْوةَ الأرَامِلَ اليَتَامى(2)

فسمَّاهنَّ يتامى وهنَّ بالغات، إذ كنَّ مفردات عن الأزواج.

ويدل عليه أيضا ماحدثنا محمد بن بَكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا مسلمُ بن إبراهيم قال حدثنا أبَان قال حدثنا يحيى عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال:"لا تُنْكَحُ الثَّيِّب حتى/تُسْتَأمَر،ولا البِكْرُ إلا بإذْنها،قالوا ١٧٥/
يارسول الله :وما إذْنها؟قال: أن تَسْكُت"(3)

ويدل عليه حديث ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الأيِّم أحقُّ بنفسها مِن وليِّها،والبِكْر تُستأمر في نفسها،وإذنها صُمَاتُها"(4)

وفي بعض الألفاظ "وصَمْتُها إقرارها"(4)

وروت عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:اسْتَأْمِرُوا النساء في أبْضَاعِهنّ قال:قلتُ:فإنَّ البِكْر تستحيي فتسكت،قال:فهو إذنها"(5)

فهذه الأخبار كلها تدل على أن تزويج البِكر لا يجوز بغير إذنها.

وروى أبو إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى عن النبي صلى

---

(1) أبو عبد الله،محمد بن زياد،الكوفي،صاحب اللغة،كان راوية لأشعار القبائل،له تصانيف كثيرة منها النوادر،توفي رحمه الله سنة/٢٣١هـ،له ترجمة في وفيات الأعيان ٣٠٦/٤، انباه الرواة ١٢٨/٣.

(2) في لسان العرب (يتم) ٦٤٥/١٢ "وأنشدوا:وينكح الأرامل اليتامى"هكذا.

والمعنى والله أعلم - إن التي فَقَدَت زوجها فكأنها ماتت.

(3) سنن أبي داود،النكاح،باب في الاستئمار ٥٧٣/٢،وهو في صحيح البخاري،النكاح،باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب الا برضاها ١٩١/٩،صحيح مسلم،النكاح،باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق،والبكر بالسكوت ١٠٣٦/٢.

(4) صحيح مسلم،النكاح،باب استئذان الثيب ١٠٣٧/٢.

(5) صحيح البخاري،الاكراه،باب لا يجوز نكاح المكره ٣١٩/١٢ صحيح مسلم،النكاح،باب استئذان الثيب١٠٣٧/٢.

الله عليه وسلم: "تُسْتَأمَرُ اليتيمَةُ في نفسها، فإن سكتت فقد أَذِنَتْ، وإن أَنْكَرَتْ، لم تُزَوَّج" (١)

"وحدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا عثمان بن أبي شيبة قال حدثنا حسين بن محمد قال حدثنا جُرير بن حَازم عن أيوب عن عِكرمة عن ابن عباس أن جاريةً بِكْراً أَتَت النبيَّ صلى الله عليه وسلم فَذَكَرَتْ أنَّ أَبَاها زَوَّجَها، وهي كارِهة، فخيَّرها النبيُّ صلى الله عليه وسلم" (٢)

وحدثنا عبد الباقي بن قَانع قال حدثنا أبو العباس علي بن محمد المَرْوَزِي الطَّهْمَاني قال حدثنا عمر بن محمد البخاري قال حدثنا أبي قال حدثنا عَبْدَان (٣) بن عثمان عن أبي حمزة عن سِوَار بن داود البصري عن ثابت عن أنس بن مالك قال: "جاءت جاريةٌ إلى رسولِ الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله: إنَّ أبَوايَ زَوَّجاني ولم يستَأْمِرَاني، فهل لي مِن شيء؟ فقال لها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: اتَّقِ اللهَ في أبَوَيْك، مرَّتين يردِّدها، قالت: قد خرجتُ مِن عنده، ففرَّق بينهما النبي صلى الله عليه وسلم" (٤)

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا الحسن بن علي العَمْري قال حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم ـ دُحَيْم ـ قال حدثنا الوليد

---

(١) قال الترمذي في سننه ٤١٨/٣ حيث خرج حديث تستأمر اليتيمة المتقدم ص/٦١٥، حاشية (٤) من رواية أبي هريرة قال: وفي الباب عن أبي موسى، وأخرجه البيهقي في سننه ١٢٠/٧.
(٢) سنن أبي داود، النكاح، باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها ٥٧٦/٣، سنن ابن ماجه، النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة ٦٠٣/١. قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٦١/٣ "رجاله ثقات، وأعل بالارسال، وأجيب بأنه روي موصولا، واذا اختلف في وصل الحديث وارساله، حكم لمن وصله على طريقة الفقهاء" ونقل الزيلعي في نصب الراية ١٩١/٣ عن ابن القطان أنه حديث صحيح، وبين الزيلعي وصله.
(٣) في الأصل (عى بمنى عحان) هكذا، وبالبحث وجدت أن أبا حمزة هو محمد بن ميمون السكري، كما في تهذيب الكمال ٥٥٩/١، ووجدت ممن روى عن أبي حمزة عبدان بن عثمان كما في تهذيب الكمال ٢٨٠/٣ وهو أقرب الأسماء الى رسم المخطوط ولذا أثبته، وكأن الناسخ لم يعرف الاسم فرسمه هكذا، والله أعلم.
(٤) لم أهتد اليه بهذا اللفظ، وفي هذا المعنى عند البيهقي في السنن ١٢٠/٧.

ابن مسلم عن [ابن] (١) أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر أن رجلاً زوّج ابنته بِكْراً فكَرِهَتْ،وأتت النبيَّ صلى الله عليه وسلم،فردَّ نكاحَها. (٢)

وروى محمد بن عبد الرحمن البَيْلَمَاني عن أبيه عن ابن عمر قال:كانَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يَنْزِعُ النساءَ مِن أزواجهن ثيبات وأبكاراً،إذا كَرِهْنَ ذلك بعد مايُزَوِّجُهنَّ آباؤهن وإخوتهن. (٣)

حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا أحمد بن عمر الزِّنْبَقِي قال حدثنا عَبْدَة بن عبد الله قال حدثنا محمد بن الحارث الحارثي قال حدثنا محمد بن عبد الرحمن البَيْلَمَاني بذلك.

قال أحمد:وقد اخْتُلِفَ في قصة خَنْسَاء بنتِ خِدَام فقال بعضهم: زوَّجَها أبوها وهي ثَيِّب بغير أمرها،فردَّ النبيُّ صلى الله عليه وسلم نكاحَها حين كَرِهَتْه. (٤)

وقال بعضهم:زوَّجَها وهي بِكْر.

وهو ما حدثنا عبد الباقي قال حدثنا أحمد بن عَنْبَسَة بن لَقِيْط بن أَوْفَى الضَّبِّي قال حدثنا عبد الله بن المُبَارك عن سفيان عن عبد الرحمن بن القاسم عن عبد الله بن وَدِيعة (٥) عن خَنْسَاء بنت خِدَام قالت: أنْكَحَنِي أبي،وأنا بِكْر،فشكوتُ ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال:لا تُنْكِحْها وهي كارِهة. (٦)

---

(١) ساقطة من الأصل،وأثبتها من كتب السنن.
(٢) سنن الدارقطني ٣/٢٢٩،٢٣٦ وقال:ابن أبي ذئب لم يسمعه من نافع،وانما رواه عن عمر بن حسين عنه،وهو أحد طرق حديث ابن عباس، المتقدم في الصفحة السابقة،حاشية (٢).
(٣) نسبه الزيلعي في نصب الراية ٣/١٩١ للدار قطني،ولم أهتد اليه في سننه.
(٤) صحيح البخاري، النكاح،باب اذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة ٩/١٩٤،وقد ذكر ابن حجر في الفتح ١٩٥-١٩٦ عدة أسانيد لحديث خنساء ثم قال"وهذه أسانيد يقوى بعضها ببعض،وكلها دالة على أنها كانت ثيبا".
(٥) في الأصل (ربيعة)،والتصويب من فتح الباري ٩/١٩٥.
(٦) أخرجه النسائي في الكبرى،والطبراني في الكبير من طريق ابن المبارك ٢٤/٢٥١،كما في نصب الراية ٣/١٩١،فتح الباري ٩/١٩٥ وقد ذكره ابن حجر في الزيادات والشواهد،فهو حسن أو صحيح على قاعدته،ونقل الزيلعي عن عبد الحق في أحكامه قال: وقع في كتاب النسائي أنها كانت بكرا،والصحيح أنها كانت ثيبا،كما رواه البخاري اهـ

وقد يجوز أن يصحَّ الخَبَرَان جميعًا، بأن يكون زوَّجها وهي بِكْر فردَّ نكاحها، ثم تزوجت برضاها، وطلَّقها زوجُها بعد الدخول، فزوَّجها وهي ثيِّب، فردَّ نكاحها، فقَضَتْ هذه الأخبار على صحة قولنا وبطلان قولِ مخالِفِنا.(١)

فإن قيل: إنما أَمَرَ باستئمار البِكْر، تَطْييبًا لنفسها، كما "روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: استأمِرُوا النساء في بناتِهن"(٢)

ولو زوَّجها الأب بغير إذن الأم جاز، وكان أمرُه باستئمارهن على جهة /تطييب أنفسهن. /١٧٦

قيل له: هذا خَلْفٌ(٣) من القول، لا تحتمله الأخبار التي روينا، لأن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابنِ عباس، وأنسٍ، وابنِ عمر، فَرَّق بينهما، ولم يُجِز العقدَ عليها، فهذا تأويل ساقط في هذه الأخبار.

وقال في حديث أبي هريرة، وأبي موسى "وإن أَبَتْ، فلا جواز عليها"(٤)

وأما لفظ حديث ابن عباس "والبِكْر تُسْتَأْمَرُ في نفسها"(٥)
وحديث عائشة "استأمِرُوا النساء في أَبْضَاعهن"(٦)

فإن ظاهره يقتضي الوجوب، ولا يجوز حَمْلُه على النَّدْب، وتطييب النفوس، إلا بدلالة.

ولو ساغ هذا التأويل في البِكْر، ساغ في قوله "والثيِّب تُشاوَر"(٧) مثله.

---

(١) في الأصل (ثم تزوجها، ثم تزوجت).
(٢) سنن أبي داود، النكاح، باب في الاستئمار ٢/٥٧٥ وسكت عنه، قال المنذري في المختصر ٣/٣٩ فيه رجل مجهول، مسند أحمد ٢/٣٤ ولفظهما (آمروا ...)
(٣) الخلف: الرديء من القول، مختار الصحاح (خلف).
(٤) تقدم ص/٦١٥، حاشية (٤).
(٥) تقدم ص/٦١٦، حاشية (٥).
(٦) تقدم ص/٦١٦، حاشية (٦).
(٧) مسند أحمد ٢/٢٢٩، وقد ذكره الحافظ ابن حجر في الفتح ٩/١٩٢ في الزيادات وعزاه لابن المنذر، فهو صحيح أو حسن على شرطه، وذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/١٩٥ وقال: غريب بهذا اللفظ!، وتبعه ابن حجر في الدراية ٢/٦٢ فقال: لم أره بهذا اللفظ!، فجل من لا يسهو.

وعلى أن قوله عليه السلام في حديث ابن عباس "الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها" قد انتظمَ البكْرَ والثيّبَ،لأن الاسمَ يتناولُهما. واستئنافه لذِكْر البِكْر،لا يمنع دخولَهما في اللفظ الأول،لأنه استأنف ذِكْرَها،لأجل الحُكْم الذي اختصّت به،مِن كون سكوتها رضاً.

وإذا كان كذلك امتَنَعَ احتمالُ التأويل في قوله "الأيّم أحق بنفسها مِن وليّها" أن يكون المرادُ فيه استطابة نفسها.

فإن قيل:لو كانت البِكْر ممّن يُعتبر إذنها،لَمَا كان إذنها إلا بالقول،كالثيّب.

قيل له: الذي أوجب علينا اعتبارَ إذْنها،والرجوعَ إلى قولِها،هو الذي قالَ لنا: سكوتُها رِضَاها،ولا يجوز لأحدٍ الاعتراض على السنّة بالنّظر.

وعلى أن ذلك إخلاف في كيفية الإذن،وذلك لا يقدَح في وجوب اعتبار الإذن في الأصل،وقد يكون السكوت بمنزلة القول في كثير مِن الأصول.(١)

ألا ترى أن سكوتَ الشفيع بعد العلم بالبيع،بمنزلة قوله: قد سلّمْتُ الشفعة.

"وقال النبي صلى الله عليه وسلم لبَرِيرَة حين أُعْتِقَتْ وخيّرها: إن قَرَّبَكِ زوجُكِ،فلا خيارَ لك".(٢) فجَعَلَ سكوتَها عن الاختيار، حتى يُقَرِّبها،بمنزلة قولِها: قد رضيتُكَ.

وليس إذا اختلاف حكم البِكْر والثيّب في كيفية الإذن مِن مسألتنا في شيء.

ومِن جهة النظر: اتّفاق الجميع على امتناع جواز عقدِ نكاح الثيّب البالغ عليها إلا بإذنها،والمعنى فيه أنها تَلِي على نفسها التصرّف في الشراء والبيع،وهذا المعنى موجود في البِكْر فوَجَبَ أن يكون مثلها.(٣)

---

(١) ذكر ابن عابدين في الحاشية ٤٨٢/٤ أكثر من أربعين مسألة السكوت فيها كالنطق.
(٢) تقدم ص/٥٣٩،حاشية (٢).
(٣) المغني ٣٨٥/٧.

ويدل عليه اتفاق الجميع على أنَّ الأخ ونحوه لا يزوِّج البِكْر بغير إذنها، لأنها تلي أمرَ نفسها، فلا يستحق غيرُها الولاية عليها.[1]

مسألة: [نكاح البِكْر بغير إذنها موقوفٌ على إذنها]

قال أبو جعفر: (فإن زوَّجها، ولم يستأذِنْها، فإن بَلَغها وسَكَتَتْ جاز عليها، وإن ردَّت بَطَلَ).

قال أحمد: يُحْتَجُّ في جواز النكاح الموقوف مِن جهة الظاهر بقوله {وأَنْكِحُوا الأَيَامى مِنكم}[2]، واقتضى ذلك جواز إيقاع العقد لكلِّ أحدٍ، لأن النكاح هو الإيجاب والقَبُول، فقد أباحت الآية ذلك، وتضمَّنَتْ معنيَيْن: وقوعَ العقد ونفاذَه، فلمَّا اتَّفق الجميع على أن مَن لا ولاية له في العقد لا ينفذ عقده على المعقود عليه، خَصَصْنا ذلك من الآية، وبَقِيَ حكمُها في وقوعه حتى[3] تلحقه الإجازة من جهة المعقود عليه.

ويدل عليه من جهة السُّنَّة ما قدمنا[4] من حديث جَرِير بن حَازم عن أيوب عن عِكرمة عن ابن عباس في البِكْر التي زوَّجها أبوها بغير أمرها، فخيَّرها النبيُّ صلى الله عليه وسلم.

وكذلك حديثُ أنسٍ بن مالك، وقد تقدَّم ذكره.[5]

ويدل عليه "حديث كَهْمَس بن الحسن عن عبد الله بن بُرَيْدة عن عائشة، وذَكَرَ بعضُهم عن ابن بُرَيْدَة عن يحيى بن مَعْمَر عن عائشة قالت: جاءت فتاةٌ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أبي - ونِعْمَ الأبُ - زوَّجني ابنَ أخيه، يرفَعُ من خَسِيْسَتِه[6] بي، قال: فَجَعَلَ الأمرَ إليها، قالت: فإني قد اخترتُ ما صَنَعَ أبي، ولكنْ أردتُّ أنْ يَعْلَمَ النِّساء أنْ ليس إلى الآباء مِن

---

(١) ومثله في القوانين الفقهية ص/١٣٣، وينظر المغني ٣٨٢/٧.
(٢) من سورة النور، آية رقم/٣٢.
(٣) في الأصل (لم).
(٤) ص/٦١٧، حاشية (٢).
(٥) ص/٦١٧، حاشية (٤).
(٦) الخسيس: الدنيء، والخساسة الحالة التي يكون عليها الخسيس، النهاية ٣١/٢، والمراد من الحديث" أنه خسيس، فأراد أن يجعله بي عزيزا "حاشية السندي على النسائي ٨٧/٦.

الأَمْـر شـيء"(١)

فـهذا كـان عقـداً مـوقـوفاً،جَعَلَ الـنـبيُّ صلى الـلـه علـيه وسلم الأمرَ فيه إليـهـا،في الإجازة أو الـفسخ،فأَجَازَتْه.

ويـدل عليه "ما حدثنا محمد بن بَكر قال حدثنا أبو داود قال حدثـنـا مـحمـد بـن حاتـم بـن بَـزِيْع قال حدثنا علي بن الحسن بـن شَقِيق(٢) عن ابنِ المُبَارك عن يونس عن الـزهري أن الـنَّجَاشِيَّ زوَّجَ أمَّ حَبِـيْـبَـة بنتَ أبي سفيان مِن رسول الـلـه صلى الـلـه علـيه وسلم على صَدَاقِ أربـعة آلاف درهم،فكَتَبَ/بذلك إلى رسول الـلـه صلى الـلـه علـيه وسلم فَقَبِل"(٣) /١٧٧

هذا عَقْـدٌ عَقَـدَه الـنـجاشيُّ على الـنـبـي صلى الـلـه علـيه وسلم بـغَيْـرِ أَمْـرِه،ثم أجازَه الـنبيُّ صلى الـلـه علـيه وسلم،ولـو كـان قد تـقـدَّم مـن الـنـبـي صلى الـلـه علـيـه وسلم به أَمْر قَبْل ذلك،لَمَا احتـاج إلـى القَبُول.

وهـذا الـحديـث يـدل أيـضا على جواز الـنكاح بـغير ولي،لأن أمَّ حبـيـبـة لم يـكن لـهـا وليٌّ بـأرضِ الـحبشة فيمـا نَعْلَم،إذْ لا نعلم أحداً مِن أهلهـا هـاجرَ إلى أرض الـحَبَشة.(٤)

وفي بـعض الأخبـار أن الـنـجاشيَّ أَصْدَقَـهـا ذلك عن الـنـبي صلى الـلـه علـيه وسلم،وأعطاهـا إيـاه.(٥)

وهـذا يـدل على جواز تـبرّع الـرجل بقضاء دَيْنِ غيره بـغيرأمره.

وأيـضاً قـد ثـبـت عندنا جواز الـبيع الـموقوف،وقد بَيَّنَّاه في

---

(١) سنـن الـنـسائي الـنكاح،بـاب الـبكر يزوجهـا أبوهـا وهي كـارهة ٨٦/٦-٨٧ مـن طريـق عائشة،سنـن ابـن مـاجه،الـنكاح،بـاب من زوج ابـنـتـه وهي كـارهة ٦٠٢/١ مـن طريـق بريدة قال في الـزوائد: اسناده صحيح.

(٢) في الأصل (عن)،والـتـصويـب مـن كـتـب الـسنن،تقريب الـتهذيب ص/٣٩٩(٤٧٠٦).

(٣) سـنـن أبـي داود،الـنكـاح،بـاب الـصداق ٥٨٣/٢-٥٨٤ وسكـت عنه،قال الـمنذري في مختصره ٤٧/٣ هذا مرسل.

(٤) حيـث كـانت هاجرت مع زوجها عبيد الـلـه بن جحش في الـهجرة الـثـانـيـة،فتـنـصر وارتـد عن الاسلام ومات هناك،وثبتت هي على الاسلام،كما في طبقات ابن سعد ٩٦/٩،والاصابة ٣٠٥/٤.

(٥) كـمـا في سنن أبي داود،الـنكاح،بـاب الـصداق ٥٨٣/٢ وسكت عنه هو،والـمـنذري في الـمختصر ٤٦/٣،سنـن الـنسائي،الـنكاح،بـاب الـقسط في الأصدقة ١١٩/٦.

غير هذا الموضع.(١)

وهذا يدل أيضا على جواز النكاح الموقوف،والمعنى الجامع بينهما، أن ذلك عقدٌ له مجيز،فيقفُ على إجازة مُجيزه.

مسألة: [القول قول البكر عند الاختلاف في إجازتها النكاح]

قال أبو جعفر:(في البِكْر إذا بَلَغها النكاح،ثم اختلفا،فقالت رَدَدْتُه حين بلغني،وقال الزوج:سَكَتّ،فالقول في ذلك قولُها)(٢)

قال أحمد:وقال زُفر:القول قولُ الزوج،لأن النكاح يجوز عليها بالسكوت،والأصل أنها كانت سَكَتَتْ،لأن الردّ لايكون إلا بالقول،وهو معنىً حادث لا يُعلَم وجوده،فلذلك كان القول قول الزوج عنده.

قال أحمد:ووجه القول الأول،أنها وإن كانت يجوز عليها النكاح بسكوتها عند البَلاغ،وأن الأصلَ السكوت حتى يُعلمَ حدوثُ الردّ من جهتها،فإن الأصل أيضا أن البُضْعَ لم يُملَك عليها،ولا يُصَدّق الزوج على أنه قد مَلَكه عليها،إلا أن تُعْلِمَ بذلك.

واختلفوا أيضا على هذا الوجه في الرجل يقول:عَبْدِي حُرٌّ إن لم أدخلِ الدارَ اليوم،ثم مَضَى اليوم،فادّعى العبدُ الدخول،وجَحَدَ المولى،أن القولَ قولُ المولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد،لأن الأصل بقاء الرِّقّ حتى يُعلَمَ زواله بالحِنْث،والحِنْثُ غير معلوم،فلا يزول رِقّه إلا بيقين.(٣)

وقال زُفَر:القول قول العبد،لأنّا لا نعلم الدخول،فلا يُحكَمُ به،وإذا لم يقع الحكم بالدخول،حَصَلَ العتق.

مسألة: [حكم استحلاف المرأة على ما ادُّعِيَ على صَمْتِها]

قال أبو جعفر:(فإن طَلَبَ يمينَها على ما ادّعى من صَمْتِها،لم تُسْتَحلَفْ عند أبي حنيفة،وتُسْتَحْلَفُ في قول أبي يوسف ومحمد)

قال أحمد:قد بَيّنّا هذه المسألة،ونظائرَها في كتاب الدّعوى.(٤)

---

(١) ص/١٥٧.
(٢) في الأصل (قوله)،والتصويب من المختصر ص/١٧٢،ويظهر من الشرح أيضا أن هذا هو الصواب والله أعلم.
(٣) في الأصل (يزيل).
(٤) لوحة/١٦٣ من الجزء الرابع من هذا الكتاب.

وكذلك مسألة النُّكُول والله أعلم.

مسألة: [استئذان الثيب في النكاح]

قال أبو جعفر: (والثَّيِّب لا يجوز النكاح عليها إلا برضاها، ولا يكون ذلك إلا بالقول)(١)

لقول النبي صلى الله عليه وسلم "والثَّيِّب تُشَاوَر"(٢)، والمشاورة لا تكون إلا بالكلام.

ولأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم إنما جَعَلَ سكوتَ البنت رضاً، لأنها تَسْتَحِيِي، على ماروي في خَبَر عائشة رضي الله عنها(٣)، وهذه العلَّة [منتفية](٤) من الثَّيِّب(٥)، فهي مقيسة على سائر مَن تُعْقَد عليه سائر العقود بغير أمره، فلا تكون إجازتها إلا بالقول.

مسألة: [حكم تزويج الولي الصغيرة من كفؤ بدون صَدَاقِ مِثلِها]

قال أبو جعفر: (ومَنْ زَوَّج ابنَتَه وهي صغيرة من كفؤٍ بدون صَدَاقِ مِثلِها، أو زَوَّجَ ابنَه(٦) بأكثر مِن مهر مثلِها، جاز في قول أبي حنيفة، ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد)

وجه قول أبي حنيفة ماروي "عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال:

لا تُغَالُوا بصَدَاقَات النِّساء، فإنها لو كانت مَكْرُمَةً في الدُّنْيَا أو تَقْوَىً عند الله، لكان أولاكم بها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم، ما أَصْدَقَ أحداً من نسائه أكثرَ من اثْنَتَي(٧) عشرة أوقِيَّة ونَشٍ"(٨)

---

(١) في الأصل (بالقبول)، ولكن من سياق الشرح يتضح أنها (بالقول) والله أعلم، وكذلك (بالقول) متن الهداية مع فتح القدير ٦٨/٣ وغيره.
(٢) تقدم ص/٦١٩، حاشية (٧).
(٣) ص/٦١٦، حاشية (٥).
(٤) ساقطة من الأصل.
(٥) أي الثيب.
(٦) وهو صغير كما في المختصر ص/١٧٣، والمهر هنا مال الصغير.
(٧) في الأصل (اثني عشر)، والتصويب من كتب السنن.
(٨) سنن الترمذي، النكاح، باب ماجاء في مهور النساء (باب منه) ٤٢٢/٣-٤٢٣ وقال حديث حسن صحيح، سنن النسائي، النكاح، باب القسط في الأصدقة ١١٧/٦-١١٨، سنن أبي داود، النكاح، باب الصداق ٥٨٢/٢-٥٨٣، سنن ابن ماجه، النكاح، باب صداق النساء ٦٠٧/١، وفي صحيح مسلم ١٠٤٢/٢ (قالت: كان صداقه لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشا ثم فسرت النش بأنه نصف أوقية والأوقية أربعون درهما، فيكون صداقهم خمسمائة درهم.

قال أحمد: وذلك خمس مائة درهم، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم تَزَوَّج عائشة، وهي صغيرة، ومعلوم أنه لم يكن مهرُ مِثلِها خمس مائة درهم، بل أكثر بأضعافِ ذلك.

وقد تزوَّجها النبي صلى الله عليه وسلم بهذا المقدار من المهر أو بأقل، وقد كان زوَّجَها إياه أبو بكر رضي الله عنه، فدلَّ على جواز تزويج الأب الصغيرةَ بأقلَّ مِن مهر مِثلها.

وأيضا فإن النبي صلى الله عليه وسلم زوَّج فاطمَةَ من علي رضي الله عنهما على أربعمائة درهم،(١) ومعلوم أنه لم يكن ذلك مهرُ مثلِها، بل أكثر منه بأَضْعافِ أَضْعافه، ولا جائز لأحدٍ أن يقول إنها قد بُخِسَت حَظَّها، حين زُوِّجَتْ بهذا القَدْر من المهر، لأن الذي حَصَلَ لها من الحظِّ بعليٍ رضي الله عنه، كان أكثر من الدُّنْيَا ومافيها.

وهذا يدل على أنه ليس القصد من النكاح تحصيل الأعواض، وإنما المقصد منه أن يَضَعَها في مَنْصِبٍ حسن، وفيمَن يُحْسِنُ عِشْرَتَها ولا يُشِيْنُها، ونحوها من المعاني المقصودة بعقد النكاح.

وإذا كان كذلك، فجائز أن يستوفيَ لها من الحظِّ من جهة الزوج، ما هو أجدى عليها، وأنفع لها مِن كثير من المال.

وليس النكاح في هذا كالبَيْع، لو باع أمةً لها بأقل من قيمتها بما لا يُتَغَابن فيه، لا يجوز، مِن قِبَل أن المقصدَ في عقود البياعات، تحصيل الأعواض.

/١٧٨ وكذلك لا يجوز له /تزويج أَمَتِها بأقل من مهر مثلها، لهذه العلة، إذ لا نَفْعَ له فيما يحصل للأمة مِن حظّ الزوج، وإنما منفعته في تحصيل عِوَض بُضْعها.

وأما أبو يوسف ومحمد، فلم يجيزا العقد عليها إلا أن يكون بمهر المثل، أو أقل أو أكثر، مما لا يُتَغَابَن الناس فيه.

---

(١) سنن البيهقي ٧/٢٣٤-٢٣٥.

وذكر هشامٌ عنهما أن النكاح باطل،لا يجوز إذا زوَّجها بأقل من مهر المثل،بمثل ما لا يتغابن فيه.

مسألة: [حكم تزويج الأولياء الصغار]

قال أبوجعفر:(ولسائر الأولياء تزويجُ الصغار،ويتوارثان بذلك)

قال أحمد: أما الأب والجَدّ،فلا خلاف بين فقهاء الأمصار(١) في أن لهما أن يزوِّجا الصغار،إلا شيء يُحكى عن عثمان البَتّي(٢)،وابن شُبْرُمة(٣)،أنهما قالا:لا يزوِّجُ الأبُ الصغيرةَ،وهو قول شاذّ في الأمة قد سَبَقَهُمَا بخِلَافِه الصدرُ الأول.

ودليل الكتاب يَقْضِي ببطلانه،وهو قوله تعالى{واللَّائِي يَئِسْنَ مِن المَحِيضِ مِن نسائِكم إنِ ارْتَبْتُم فعِدَّتُهُنَّ ثلاثةُ أشهرٍ،واللَّائِي لم يَحِضْنَ}(٤)

[فقضى](٥) بصحة طلاق الصغيرة،وأوْجَبَ عليها العِدَّةَ إذا كانت مدخولاً بها،والطلاقُ لا يقع إلا في عقد صحيح.

ومن جهة السنة أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوَّج عائشة رضي الله عنها،وهي صغيرة،زوَّجها(٦) إياه أبو بكر.

فصل: [حكم تزويج غيرِ الأب والجَدّ للصغار]

قال أحمد:وأما تزويج غيرِ الأب والجَدّ من الأولياء،فهو على قِسمَيْن:

فما كان مِن تزويجِ العصبات،فلا خلاف بين أصحابنا في جواز الاقرب فالاقرب،وإنما الخلاف في الخيار بعد البلوغ.

---

(١) المغني ٣٧٩/٧،لكن في بداية المجتهد ٦/٢،وتبيين الحقائق ١٢١/٢ الاتفاق على تزويج الصغيرة من الأب،أما الجد ففيه خلاف مالك رحمه الله،وينظر الشرح الكبير للدردير ٢٢٤/٢.
(٢) عثمان بن مسلم البتي،أبو عمرو البصري،ويقال اسم أبيه سليمان،فقيه البصرة،مات رحمه الله سنة ١٤٣/هـ،كما في تقريب التهذيب ص/٣٨٦ (٤١٥٨)،وفي طبقات ابن سعد ٢٥٧/٧ "كان ثقة،وكان صاحب رأي وفقه" ا.هـ
(٣) عبد الله بن شبرمة بن الطفيل،الامام العلامة،فقيه العراق قاضي الكوفة،مات رحمه الله سنة ١٤٤/هـ،له ترجمة في سير الذهبي ٣٤٧/٦.
(٤) من سورة الطلاق،آية رقم/٤.
(٥) ساقطة من الأصل.
(٦) ففي صحيح مسلم،النكاح،باب تزويج الأب البكر الصغيرة ١٠٣٨/٢ "عن عائشة رضي الله عنها قالت:تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم لست سنين،وبنى بي،وأنا بنت تسع سنين".

(قال أبو حنيفة ومحمد:لهما الخيار إذا بلغا،إذا زوّجهما غيرُ الأب والجَدّ من الأولياء،نحو الأخ والعَمّ.وقال أبو يوسف: لاخيار لهما)

وأما تزويج غير العصبات فإن أبا حنيفة يجيزه إذا لم يكن عَصَبَة،نحو الأم والأخت والخال،والرجل من عُرْض العشيرة.

فأما الدليل على جواز تزويج العصبات،وإن لم يكن أباً أو جَدّاً،ماروي"عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما في قول الله تعالى {وإن خِفْتُم أن لا تُقْسِطُوا في اليَتَامى فانْكِحُوا ما طابَ لكم من النساء} الآية.(١)

فالآية نزلَتْ في اليتيمة تكون في حِجْر وليّها،ويريدُ أن يتزوّجها،ولايُقْسِطُ لها في صَداقِها،فنُهُوا أن يَنْكِحُوهُنَّ إلا بالقسط.

قالت عائشة:ثم إن الناس اسْتَفْتَوْا رسولَ الله بعد هذه الآية فيهن،فأنزل الله تعالى {ويَسْتَفْتُونَك في النِّساء قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِن} إلى قوله {وتَرْغَبُون أنْ تَنْكِحُوهُن}(٢)

قالت هي رغبةُ أحدِكُم عن يَتِيمَتِه التي تكون في حِجْره،حين تكون قليلةً المال،فنُهُوا أن ينكحوا مَن رَغِبُوا في مالها وجَمالها من يتامى النساء إلا بالقسط"(٣)

فقد دلّت هذه الآية على تزويج العصبات للصغار،لأن أقربَ الأولياء إليها ممّن يجوز له نكاحُها ابنُ العم.

فإن قيل:يحتمل أن يريد الكبيرة،وهو قوله تعالى{وآتُوا اليَتَامى أموالهم}(٤)وقولُ النبي صلى الله عليه وسلم"اليَتِيْمة تُسْتَأمَرُ في نفسها"(٥)والمراد(٦) الكبيرة.

قيل له:روى علي بن أبي طالب رضي الله عنه وغيره عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

---

(١) من سورة النساء،آية رقم/٣.
(٢) من سورة النساء،آية رقم/١٢٧.
(٣) صحيح البخاري،التفسير،باب{وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى}٢٣٩/٨،صحيح مسلم، التفسير ٢٣١٣/٤.
(٤) من سورة النساء،آية رقم/٢.
(٥) تقدم ص/٦١٥،حاشية (٤).
(٦) في الأصل (والمرأة).

"لا يُتْمَ بعد الحُلُم"(١)

فإن سُمِّيَت الكبيرةُ يتيمةً ،فإنما تُسَمَّى به مجازاً لا حقيقة ، لأن الاسم لو كان حقيقة فيها،لما انتفى عنها بحال،إذ مِن شأن الحقائق أن لا تنتفيَ عن مُسَمَّيَاتِها بحال،وإذا كان كذلك،فحُكْمُ اللفظ أن يكون محمولاً على الحقيقة ،حتى تقوم الدلالة على المجاز.

وكذلك قوله تعالى [وآتُوا اليَتَامى أموالَهم](٢) إنما سمّاهم يتامى ،على ماكان عليه حالهم قَبْل ذلك،كما "أَمَرَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم بلالاً أن يَرجِعَ حين أَذَّنَ قَبْل الوقت،فيُنادِي أَلَا إنَّ العبدَ نام"(٣) ،وكان حُرّاً حينئذ .

"وقال علي رضي الله عنه لشُرَيْح(٤):ماتقول أيُّها العبد الأَبْظَر(٥)" وقد كان حُرّاً في ذلك الوقت،إلا أنه قد كان جَرَى عليه رِقٌّ في الجاهلية ،فسمّاه به .

وذلك كله مجاز لا حقيقة .

وأيضا قد أخبَرتْ عائشةُ رضي الله عنها أنها نَزَلَتْ في اليتيمة تكون في حِجْر وليّها ،فيرغبُ في مالها ،ولا يُقْسِطُ لها في

---

(١) سنن أبي داود ،الوصايا ،باب ماجاء متى ينقطع اليتم؟ ٢٩٣/٣-٢٩٤ ،وسكت عنه .قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٠١/٣ "أعله العقيلي وعبد الحق وابن القطان والمنذري وغيرهم ،وحسنه النووي متمسكا بسكوت أبي داود عليه ...،وفي الباب حديث حنظلة ،واسناده لا بأس به ،وهو في الطبراني وغيره" اهـ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٢٢٦/٤ رواه الطبراني ورجاله ثقات.

(٢) من سورة النساء ،آية رقم /٢.

(٣) سنن أبي داود ،الصلاة ،باب في الأذان قبل دخول الوقت ٣٦٣/١-٣٦٤ وقال:لم يروه عن أيوب الا حماد بن سلمة ...وقال روي عن عمر رضي الله عنه وهو أصح.
سنن الدار قطني ٢٤٤/١-٢٤٥ ورجح ارساله ،وهو مرسل جيد ،كما في نصب الراية ٢٨٤/١ ،والدراية لابن حجر ١١٩/١ ،وفي الحديث كلام طويل ،وطرق وروايات كثيرة ، توسع في ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٢٨٤/١-٢٨٨ .

(٤) "حين أتي في فريضة ،وعنده شريح فقال له علي رضي الله عنه ..."كما في غريب الحديث لأبي عبيد ٤٨٣/٣ وشريح هو ابن الحارث بن قيس ،الكوفي النخعي ،القاضي ،مخضرم ،ثقة ،وقيل له صحبة ،مات رحمه الله قبل الثمانين للهجرة أو بعدها ،وله مائة وثمان سنين أو أكثر ،يقال:حكم سبعين سنة ،كما في التقريب ص/٢٦٥(٢٧٧٤) .

(٥) الأبظر هو الذي في شفته العليا طول،ونتوء في وسطها ، يحاذي الأنف،كما قال أبو عبيد في الغريب ٤٨٣/٣ .

صَدَاقِها،ومعلوم أن الكبيرة لا تكون في حِجْر وليها،ويكون الأمر في الصَّدَاق إليها،لا إلى الوليّ.(١)

فهذا كله يُبْطِلُ تأويلَ مَن تأوَّلَ الآية على الكبيرة.

فإن قيل:يحتمل أن تكون الآية في اليتيمة،تكون في حِجْر الجَدّ،فخوطب فيها بما خوطب به.

قيل له:قد أخبرت عائشة رضي الله عنها عن سبب نزول الآية وقالت:هي اليتيمة تكون في حِجْر وليِّها،فيريد أن يتزوَّجها،وذلك يمتنع في الجَدّ.

وأيضا فإن الذي هو في حِجْره،هو المخاطَب في الآية بالنكاح على شرائط القِسط في الصَّدَاق،وذلك لا يكون الجَدّ.

ودليل آخر:وهو قوله تعالى {وأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكم}(٢)،والأَيِّم اسمٌ المرأة التي لا زَوجَ لها،وذلك يتناول الصغار والكبار منهن،فاقتضى ظاهرُ الآية جوازَ تزويجهن للأب وغيره،لأن قولَه {وأنكحوا}خطاب للجميع.

وأيضا فإن العلّة التي مِن أجلها جاز تزويج الأب،موجودةٌ في غيره من العصبات،وهي كونه مِن أهل ميراثه.

والدليل على صحة هذه العلة،أن الأب إذا كان عبداً أو كافراً وهي/مسلمة لم يزوِّجها إذا لم يكن مِن أهل الميراث،فدلَّ ذلك على أن الولاية في النكاح مستَحَقّة بالميراث،فاستحقَّها كلُّ مَن كان مِن أهل الميراث. ١٧٩/

فإن قيل:فأنتم تجيزون للقاضي تزويجَ الصغار،وليس هو من أهل الميراث.

قيل له:إنما قلنا إنَّ مَنْ كان من أهل الميراث جاز تزويجه، ومَنْ لم يكن مِن أهل الميراث،فحكمُه موقوف على الدلالة.

وأيضا فإن القاضي قائم مقامَ جماعة المسلمين،وجماعةُ المسلمين من أهل ميراثه،إذا لم يكن وارث عنهم.

---

(١) تقدم ص/٦٢٧،حاشية (٣).
(٢) من سورة النور،آية رقم/٣٢.

وقد روي عن علي رضي الله عنه، وعمرَ، وابنِ مسعود[1] أن للولي أن يزوِّجَ الصغيرة مِن نفسه، ولانَعلَمُ عن غيرهم من الصحابة خلافه.

* فأما وجه قول أبي حنيفة ومحمد في وجوب الخيار لهما عند البلوغ إذا زَوَّجها غيرُ الأب والجَدّ، فهو أنَّ عقدَ النكاح فيه مال وغيرُهما لا يَمْلِك التصرُّفَ عليه فيه من المال.

فإن قيل: المال يثبت فيه على جهة البَيْع من طريق الحُكْم، لأنه يصح من غير تسمية، ولا يجوز إيجاب الخيار مِن أجله.

قيل له: هذا غَلَط، لأن المال بَدَلُ البُضْع، ولا جائزٌ أن يُقال في أحدِ البدلين إنه تَبَع للآخر.

فإن قيل: فلو زَوَّجها العَمّ، وهو وصيّ أبيها، كان له الخيار عندك، وإن كانت تملك التصرف في البُضع والمال.

قيل له: لأنه يملك التصرف في المال من غير الجهة التي يملك بها التصرف في البُضْع، فكان لها الخيار، إذ هو لا يملك التصرف في المال من جهة عقد النكاح.

ولأبي يوسف، أنه لما ثَبَتَتْ له الولاية في النكاح، كان بمنزلة الأب، ولم تعتبر فيه جهة المال، لأنه يثبت بغير تسمية.

* وإنما قال أبو حنيفة إن لغير العصبات تزويج الصغار، لقول الله تعالى: {وأَنْكِحُوا الأيَامَى منكم}[2] وذلك عموم في العصبات وغيرها، وأيضا: قوله {وإن خفتُم ألّا تُقْسِطوا في اليَتامَى}[3]

وماروي عن عائشة رضي الله عنها فيه من سبب نزوله[4]، لم تفرِّق فيه بين العصبات وغيرهم، وهو عام في جميع مَن هي في حِجْره من القرابات.

وأيضاً: فإن هؤلاء من أهل الميراث، وإن لم يكونوا عَصَبات، وقد بيَّنّا أن الولاية في النكاح مستَحَقّة بالميراث، فوجب أن تثبت

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٦/١٦٣-١٦٤، مصنف ابن أبي شيبة ٤/١٤٠، أحكام القرآن للمؤلف ٢/٥١.
(٢) من سورة النور، آية رقم/٣٢.
(٣) من سورة النساء، آية رقم/٣.
(٤) تقدم ص/٦٢٧، حاشية (٣).

لكل مَن كان من أهل الميراث.

وأبو يوسف ومحمد، اعتبرا العصبات،لأنهم الذين(١) يثبت لهم حق الولاية في تزويج الكبار،ويثبت لهم حق الفسخ إذا زَوَّجت نفسَها غيرَ كفؤ.

وكذلك هم الذين يزوِّجون الصغار،ولا يثبت هذا الحق لغيرهم.

فإن قال قائل:يدل على أن غير الأب والجَدّ لا يزوِّجان الصغيرين ماروي" أن قُدامةَ بنَ مَظْعُون زَوَّجَ بنتَ أخيه فقال النبي صلى الله عليه وسلم:هي يتيمة،ولا تُنْكَحُ إلا بإذنها"(٢)

قيل له:كانت كبيرة،ولم يرضَ بتزويجه إياها،وذلك لما حدثنا دَعْلَج بن أحمد قال ثنا محمد بن إبراهيم البُوْشَنْجي قال ثنا أبو جعفر النُّفَيْلي قال ثنا محمد بن سَلَمة قال ثنا محمد بن إسحق عن عمر بن حسين بن عبد الله مولى آل حاطب عن نافع عن ابن عمر قال:تُوُفِّيَ عثمان،فأوصَى إلى أخيه قُدامة، قال فزَوَّجَنِي قُدَامَةُ بنتَ عثمان،فدخلَ المُغيرة بن شُعْبَة على أمِّها فأَرْغَبَها في المال،فحَطَّت إليه،ورأى الجاريةَ مع أمها،فبَلَغَ ذلك رسولُ الله صلى الله عليه وسلم،فقال لقُدامة:أَلْحِقْها بهَوَاها، فإنها أحقُّ بنفسها،فانْتَزَعَها،وزَوَّجَها المُغيرةَ بن شُعْبَة"(٢)

فأخبرَ أنها كانت كبيرة،لأنه قال:ألْحِقْها بهَوَاها،فأجاز نكاحَها من المغيرة.

واللفظ الذي ذُكِرَ فيه أنها يتيمة،ولا تُنْكَحُ إلا بإذنها،يدل على ذلك أيضا،لأنَّه جعلَ لها إذناً في تلك الحال،وقوله "يتيمة" سمَّاها به مجازاً لاحقيقة،كما قال تعالى"وآتُوا اليَتَامَى أموالَهم"(٣) وقولُ النبي صلى الله عليه وسلم"تُسْتَأمَرُ اليتيمة في نفسها"(٤)

مسألة: [لا ولاية للوصي في النكاح]

قال:(ولا ولاية للوصي بحق الوصية في النكاح)وذلك لما

---

(١) في الأصل (الذي).
(٢) سنن الدار قطني ٢٣٠/٣،المستدرك للحاكم ١٦٧/٢ ووافقه الذهبي على تصحيحه،سنن البيهقي ١٢٠/٧.
(٣) من سورة النساء،آية رقم/٢.
(٤) تقدم ص/٦١٥،حاشية (٤).

وصفنا مِن أن الولاية في النكاح مستَحَقَّة بكونه مِن أهل الميراث بدلالة أنه إذا كان مِن أهل الميراث استَحَقَّ الولاية، وإذا لم يكن مِن أهل الميراث بل كان عبدًا أو كافرًا لم يستحقها.

فإن قيل: فالقاضي يزوِّج، وليس من أهل الميراث.

قيل له: لأنه قائم مقامَ المسلمين، وجماعةُ المسلمين مِن أهل الميراث، إذا لم يكن أقرب منهم.

فإن قيل: والوصيُّ قائم مقام الأب، والأبُ كان مِن أهل الميراث.

قيل له: في حال ثبوت الوصية وصحتها، ليس الأب مِن أهل الميراث، لأنه ميِّت، والوصية إنما تصح بعد الموت.

وأيضاً فإن الولاية في النكاح مستَحَقَّة بالنَّسَب، وما جرى مجراه من الوَلاء، وهذا المعنى لا يصح فيه النَّقْل، فلم يستَحِقَّها الوصي، لأنه لو استَحَقَّها، لاستَحَقَّها مِن جهة انتقالها إليه من الأب.

فإن قيل: فالوكيل يزوِّج، وكذلك القاضي، وهم يتصرَّفون في ذلك لا بنَسَب، ولا ما قام مقامه من الولاية.

قيل له: الوكيلُ لا يوجب نقلَ الولاية إليه، لأن ولاية الموكِّل قائمة، والوكيل والسفير عن الموكِّل لا يتصرف من جهة نقل الولاية / إليه. /١٨٠

وكيف تكون مُنْتَقِلَةً إليه، وهي باقية في مِلك الموكِّل، وكذلك القاضي يُعَبِّرُ عمَّن يستحق الولاية عليه، وهم كافَّة المسلمين، بمنزلة الوكيل.

وليست الولاية في النكاح، كهي في الشراء والبيع، غير مقصور على النسب، وما قام مقامه.

ألا ترى أنه قد استَحَقَّ الولاية في النكاح مَنْ لا يستحق التصرُّفَ في الشراء والبيع، نحو الأخ والعَمّ، ويدل على الفَرْق بينهما أن المتصرِّف في الشراء والبيع متصرِّف على نفسه، وبه تتعلَّق حقوقهما، ثم يلزم الآمِر ضمانه بالأمر، والمتصرِّف في النكاح، متصرِّف على الزوجين ويكون فيه بمنزلة السفير، وهذا المعنى لا يُسْتَحَقُّ إلا من الوجه الذي ذكرنا.

مسألة: [حكم ولاية القاضي في النكاح]

قال أبو جعفر: (وإن زَوَّجَ القاضي صغيراً أو صغيرةً، فإن محمد ابنَ الحسن قال: هو كتزويج غير الأب، ولهما الخيار بعد البلوغ.(١)
وروى هشام بن عبد الله(٢) عن خالد بن صَبِيْح عن أبي حنيفة أن عقد القاضي، كعقد الأب، ولا خيار فيه بعد البلوغ)

وجه قول محمد، أن القاضي لما قام في ذلك مقام كافة المسلمين، وجماعةُ المسلمين أكثرُ أحوالِهم أن يكونوا في الولاية في ذلك، بمنزلة العمّ والأخ، فيجب فيه الخيار بعد البلوغ.

ووجه قول أبي حنيفة، أن القاضي له ولاية في التصرّف في المال من حيث استحق الولاية في النكاح، فوَجَبَ أن يكون بمنزلة الأب.

مسألة: [حكم نكاح الفُضُولي]

قال: (ومَن زَوَّجَ رجلاً بغير إذنه، ثم بلَغَه، فأجازه، لم يَجُزْ إلا أن يكون هناك مخاطِبٌ خاطَبَ عنه في القبول،(٣) في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: النكاح واقع، وتجوز إجازته إذا بلغه)

وجه قولهما أن قوله قد زوَّجتُ فلانةً فلاناً، نصف عقد، ونصف العقد لا يقف على غائب عن المجلس.

ألا ترى أنه لو خاطب أحدَ الزوجين بالنكاح، فلم يَقْبَلْه، حتى قام مِن المجلس، بَطَلَ ما كان زوَّجه له، ولم يكن له أن يقبله بعد ذلك.

وليس هذا كوليِّهما(٤) أو وكيلهما جميعاً إذا عَقَدَ النكاح عليهما، فيجوز في قولهم جميعاً، مِن قِبَل أن ذلك جميع العقد منه، لأنه يملك الإيجاب والقَبُول، ولا يقتضي إيجابه قبولاً من غيره(٥)

---

(١) قال المرغيناني في الهداية (١/١٩٨-١٩٩) عند قوله "وان زوجهما غير الأب والجد، فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ" قال: "واطلاق الجواب في غير الأب والجد، يتناول الأم والقاضي، وهو الصحيح من الرواية" اهـ.
(٢) في الأصل (عبيد الله)، والتصويب من مختصر الطحاوي ص/١٧٣، الفوائد البهية ص/٢٢٣.
(٣) كالولي أو الوكيل.
(٤) في الأصل (كقولهما)، ويظهر التصويب من سياق النص حين يذكر قول أبي يوسف.
(٥) في الأصل (ومن).

فكان ذلك منه جميع العقد، فَنَفَذَ، ولم يقف.

وأما إذا كان متبرِّعًا بالعقد، فهو غير مالكٍ للعقد، ولا يصح منه إلا الإيجاب أو القبول ممَّن أوجبه.

وجَعَلَه أبو يوسف بمنزلة وليِّهما أو وكيلهما.

مسألة: [حكم تزويج السيد العبيد والإماء]

قال أبو جعفر: (وجائزٌ للرجل أن يزوِّج أمتَه، وإن كانت كارهةً وأما عبدُه في ذلك فهو كأَمَتِه في قول أبي يوسف ومحمد، وقد اختُلِفَ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، فروى عنه هذا القول، وروى عنه أنه لا يزوِّجه إلا برضاه، أو أَنْ يَبْلُغَه، وقد زوَّجه بغير رضاه فيُجيز ذلك)

قال أحمد: الرواية الأولى صحيحة، وما ذَكَرَه من الرواية الثانية في العبد غير صحيح.

وكان شيخُنا أبو الحسن الكَرْخي رحمه الله يُنْكِرُها، لأن المشهورَ عن أصحابنا جميعاً أن العبدَ والأمة جميعاً سواء، فيجوز (١) للمولى تزويجهما وإن كَرِهَا، وإنما كان العقد عليهما [جائزاً] (٢) وإن كَرِهَا، لقول الله تعالى{وأَنْكِحُوا الأيَامى منكم والصَّالِحِينَ مِن عِبَادِكُم وإِمَائِكم} (٣)، وظاهرُه يقتضي جواز العقد على الجميع، إذ ليس في الآية شرطُ رضاهم، وخَصَّصْنَا الأيَامَى البالغات من الحرائر في امتناع نفاذ العقد عليهم بالاتفاق (٤)، وبقي حكمُ اللفظ في الأيامى الصغار والعبيد والإماء.

وأيضا فلا خلاف أن العبد والأمة لا يَمْلِكَان عقدَ النكاح (٥) لأنفسهما، وكلُّ حقٍ لا يملكه العبد من نفسه، فالمولى يملكه منه.

ألا ترى أن العبدَ لَمَّا لم يملك التصرُّف من نفسه في البيع والإجارة ونحوهما، مَلَكَ المولى ذلك منه، وكذلك لما [لم] (٦) يملك الإقرار بالدَّيْن على نفسه، مَلَكَ المولى ذلك منه، وجاز إقراره

---

(١) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ١٠٩/٣.
(٢) ساقطة من الأصل.
(٣) من سورة النور، آية رقم/٣٢.
(٤) بداية المجتهد ٦/٢، الإفصاح لابن هبيرة ٣٢٦/٢.
(٥) المغني ٤٠٩/٧.

عليه ،رَضِيَ أو سَخِطَ،فكذلك عقد النكاح،لَمَّا لم يملِكْه العبد من نفسه ،مَلَكَه المولى منه .

ألا ترى أن العبد لما مَلَك الإقرار بالزنا والقتل والسرقة ، لم يملك المولى ذلك منه ،ولم يجز إقراره عليه .

مسألة : [حكم تزويج الوليين للمرأة]

قال:(وإذا زَوَّجَ المرأةَ وليَّاها بغير أمرها،فلها أن تجيزَ أيَّهما شاءَت)،لأنهما جميعاً موقوفان عليها،إذْ ليس يملك أحدُ الوليَّيْن فسخَ عقد الآخر،فَوَقَعَا جميعاً .

(قال:وإن كان زَوَّجاها بأمرها،وقد تقدَّم أحدُهما،فالعقد الأول جائز،والثاني فاسد،دَخَلَ بها الآخَرُ،أو لم يَدْخُل)

وذلك لما روى"الحسن عن سَمُرَة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:إذا نَكَحَ الوليَّان،فالأول أحق"(١)

ولأن العقدَ الأولَ صحيح بالاتِّفاق،والثاني فاسد،والدليل عليه أنه لو ارتفعا إلى القاضي حَكَمَ بصحة الأول،وفساد الثاني،فإذا دَخَلَ بها الثاني،فإنما كان دخوله على عقد فاسد،/ والدخول ١٨١/
لايصحِّح العقد الفاسد،ولا يُبْطِلُ العقدَ الصحيح الذي للزوج الأول.(٢)

وأيضا قد اتَّفق الجميع على أنه لو تزوَّج أختَيْن،إحداهما قبل الأخرى،أن نكاح الثانية فاسد،ولا يصحِّحه دخولُه بها،دون الأولى،لأنه بها وَقَعَ الجَمْع،كذلك الزوجان إذا عُقِدَ لهما على امرأةٍ واحدة .

مسألة : [خيار الزوجة وأهلها في تدليس الزوج في نسبه]

قال أبو جعفر:(ومَن انْتَسَبَ إلى قوم،فزوَّجوه،ثم عُلِمَ أنه ليس كما انتسب،فلهم إبطال نكاحه)

---

(١) سنن أبي داود، النكاح،باب اذا أنكح الوليان ٥٧١/٢،وسكت عنه ،سنن الترمذي، النكاح،باب ماجاء في الوليين يزوجان ٤١٨/٣ وقال حديث حسن،سنن النسائي، البيوع،باب الرجل يبيع البيعة فيستحقها مستحق ٣١٤/٧، المستدرك للحاكم ١٧٤/٢-١٧٥ ووافقه الذهبي على تصحيحه ،قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٦٥/٣ "صححه أبو زرعة وأبو حاتم ... وصحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن بن سمرة ،فان رجاله ثقات" اهـ.

(٢) المغني ٤٧٥/٧.

قال أحمد: وهذا إذا كان النَّسَبُ الذي كتَمَهم دونَ الذي أَظْهَرَه، وإن كان مثلَه إذا وقع منه، فلا خيار لها، ولم يُفَصِّلْه أبو جعفر هذا التفصيل، وهو كذلك عندهم (١)، وذلك لأنها لم ترضَ به زوجاً إلا بنَسَبٍ شريف، يَشْرُف به ولدُها، فإذا لم يوجد ذلك، كان لها الخيار في فسخ النكاح.

ألا ترى أنه لو شَرَطَ لها أنه كفؤ، ثم تبيَّن لها أنه ليس كذلك، كان لها الخيار، كذلك ما وصفنا.

وليس ذلك مثل أنْ تَنْتَسِبَ إلى قوم، وتزوَّجها على ذلك، ثم عَلِمَ أنها دونَهم في النسب، فلا يكون للزوج خيارٌ في فسخ العقد، لأنها لو شَرَطَتْ له الكفاءة، ثم لم يكن كذلك، لم يكن له خيار، لأن عَدَمَ الكفاءة مِن جِهَتِها لا يَثْبُتُ به خيارٌ في فسخ العقد، وعدمُ الكفاءة من جهته يثبُتُ به الخيار للأولياء في الفسخ.

مسألة: [تزوَّجَ امرأةً على أنها حُرَّة ثم تبيَّن أنها مملوكة]

قال أبو جعفر: (ومَنْ تَزَوَّجَ امرأةً على أنها حُرَّة، فولَدَت منه، ثم قامت البيِّنة على أنها مملوكة، فقُضِيَ عليها بذلك، كان لمولاها أن يجيزَ نكاحَها أو يُبْطِلَه، وولدُها حُرٌّ، على أبيه قيمتُه يوم يَخْتَصِمُون بالمُسْتَحَقّ، ويرْجِعُ الأبُ بتلك القيمة على مَن كان غرَّه، وزوَّجه على أنها حرّة إن كان غرَّها، فإن كانت هي غَرَّتْه رَجَعَ عليها بذلك إذا أُعْتِقَت، وعلى المغرور عُقْرُها (٢) لمستَحِقّها، ولا يرجعُ به على أحد).

قال أحمد: لا خلاف بين الصدر الأول وسائر فقهاء الأمصار (٣) أن ولد المغرور حُرُّ الأصل.

ولا خلاف أيضا بين السلف (٣) أنه مضمون على الأب، إلا أنَّ (٤) السلف اختلفوا في كيفية ضمانه:

فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: يُفَكُّ الغلام بغلام،

---

(١) أي عند أصحاب المذهب، ومثل هذا التفصيل أيضا في شرح الاسبيجابي ٢/لوحة ٦٦/ب.
(٢) العقر: صداق المرأة اذا أتيت بشبهة. المغرب ٢/٧٤.
(٣) المغني ٧/٤١٣.
(٤) في الأصل (لأن).

والجاريةُ بجاريةٍ (١)، يعني إن كان الولد غلاماً، فعلى الأب غلامٌ مثله وإن كان جاريةً، فعليه جاريةٌ مثلُها.

وقال علي رضي الله عنه: عليه قيمته (٢).

وإليه ذَهَبَ أصحابُنا، لأنهم جعلوه جميعاً بمنزلة الولد، وهو عبدٌ، فيَغْرَمُ قيمتَه.

وله أصل في السنة وهو "حُكْمُ النبي صلى الله عليه وسلم في عبدٍ بين رجلَيْن أَعْتَقَه أحدُهما، وهو موسِر، أنه يضمن نصفَ قيمتِه" (٣). ولم يحكم عليه بنصف عبدٍ مثله.

ويرجع المغرور على الغارّ بقيمة الولد.

وهو أيضا اتفاق من الصحابة (٤)، وإنما هذا بمنزلة ضَمَان الدَّرَك (٥) في الولد، ولهذا لم يرجع عليها إلا بعد العِتق، لأن ضمانها لايجوز في حال الرِّق في حق المَولى.

وإنما المعتبر قيمة الولد يوم الخُصُومة، لأنها بمنزلة المغصوب، لا يصير مضموناً على الغاصب إلا بالمنع بعد المطالبة بردِّه، وحُكْمُ المنع إنما حَصَلَ في الولد حين خوصم فيه، وهو قائم.

وكذلك قالوا: إنه لو مات الولد، ثم اختَصَمَا لم يَغْرَم الأب شيئاً، بمنزلة ولد المغصوب إذا مات قبل مجيء المغصوب منه.

ويَغْرَمُ الواطىء العُقْرَ، لأنه وطىء ملك الغير بشُبْهة، ولا يرجع بالعُقر على الغارّ، لأن الوطء في هذا، بمنزلة شيء أَتْلَفَه منها، وتناوَلَه لنفسه، فلا يرجع به على غيره، كما لو قَطَعَ يدَها، لم يرجع به على غيره.

مسألة: [حكم من أعتق الأمة على أن تزوّجه نفسَها]

قال: (وإذا أَعْتَقَ أمتَه على أن تزوِّجَه نفسَها، ثم زوَّجَتْه نفسَها

---

(١) المحلى ١٢٦/٩، سنن البيهقي ١٠١/٦.
(٢) سنن البيهقي ١٠١/٦.
(٣) صحيح مسلم، العتق، باب ذكر سعاية العبد ١١٤٠/٢.
(٤) المغني ٤١٦/٧.
(٥) تقدم تعريفه ص/٢٢١، حاشية (٣).

فلها مهر مثلها) وذلك لأن العِتق ليس بمال، فلا يُسْتَحَقّ به تسليم مال، فلا يكون مالاً، ولا يكون مهراً، لقول الله تعالى {وأُحِلَّ لكم ما وراءَ ذلِكُم أن تَبْتَغُوا بأَمْوالِكم}(١)

فإن قيل: العتق مال، لأنه يحصل لها به رَقَبَتُها.

قيل له: لا يحصل لها به مال، ولا تَستَحِقّ به تسليمَ مال، لأنه لو كان كذلك، لوجب أن ينتَقِلَ إليها الرِّقّ الذي كان يملكه المولى فيها قبل العتق، فتَمْلِكُ من نفسها، ما كان المولى يملِكُه منها قَبْل العِتق، فلمَّا كان الذي يحصُل لها بالعتق، سقوط الرِّقّ مِن غير أن تملك رقَّ نفسها، دلَّ على أن الذي حَصَلَ لها ليس بمال.

وكيف يكون مالاً وهي إنما جُعِلَ لها الحرّية، ولا جائزٌ أن تكون الحرية مالاً، لأنه لو كان كذلك، كانت رقاب الأحرار كلهم أموالاً.

ويدل على صحة الأصل الذي ذكرنا "أن النبي صلى الله عليه وسلم أَبطَلَ الشِّغَار"(٢) وهو أن يُجْعَلَ المهرُ بُضْعَ امرأةٍ أخرى، لأن البُضْعَ ليس بمال، ولا يُسْتَحَقُّ به تسليمُ مال، فلم يجز أن يكون مهراً، كذلك ما وصفنا، كان في معناه.

فإن قيل: "روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صَفِيَّة، وجَعَلَ عِتقَها [صَدَاقها](٣)(٤)"

قيل له: لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد كان له أن يتزوّج بغير مهر(٥)، وكان له أن يجعل ما ليس بمال صداقاً في العقد، ونحن لا يجوز لنا أن نملِكَ البُضْعَ بغير بدل يُسْتَحَقّ به تسليمُ مالٍ، فلذلك اختلفا.

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/٢٤.
(٢) صحيح البخاري، النكاح، باب الشغار ١٦٢/٩، صحيح مسلم، النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ١٠٣٤/٢ كلاهما بلفظ "نهى عن الشغار".
(٣) ساقطة من الأصل، وقد أثبتها من كتب السنن.
(٤) صحيح البخاري، النكاح، باب من جعل عتق الأمة صداقها ١٢٩/٩ صحيح مسلم، النكاح، باب فضيلة اعتاقه أمة، ثم يتزوجها ١٠٤٥/٢.
(٥) وقد ذكر هذه الخصائص ابن حجر في الفتح ١٢٩/٩ مع نسبتها لمن قال بها.

/قال:(وروي عن أبي يوسف أنه لا صَدَاق لها،إذا أَعْتَقَها على أن تزوَّجه نفسَها،فزوَّجَتْه نفسَها)،وذلك لأنه جَعَلَ الرقبة مضمونةً عليها بالعتق،لأنه قد شَرَطَ بدلها منفعة هي عقد النكاح،فصارت قيمة رقبتها،تسمية في العقد. /١٨٢

قال أبو جعفر:(وإن أبت أن تزوِّجه نفسَها،كان عليها أن تَسْعَى له في رقبتها في قولهم جميعاً)

لأنه أعتقها على منفعةٍ مشروطةٍ للزوج مِن قِبَلِها،وهي التزويج فلما لم تَفِ به،لم يجز أن يسلِّم لها الرقبة بغير شيء.

مسألة: [لا يَجْمَعُ الحُرُّ بين أكثر مِن أربعِ زوجات]

قال:(ولا يَجْمَعُ الحُرُّ بين أكثر مِن أربعِ زوجات)

وذلك لقوله تعالى {فانْكِحُوا ماطابَ لكُم مِن النساء مَثْنَى وثُلاثَ ورُبَاع}(١)

فإن قيل:ظاهر اللفظ يقتضي جواز التسْع،لأن الواو للجَمْع.

قيل:ليس كذلك،لأن قوله {وثُلاث} يدخل فيه المَثْنَى{ورُبَاع} يدخل فيه الثُلاث،إذ ليس في اللفظ دليل على أن الثُلاث غير المَثْنَى،والرُّبَاع غير الثُلاث،لأن(٢) صفة الواو للجَمْع،حتى يقومَ الدليل على غيره،ومَن أثبت المَثْنَى غيرَ الثُلاث،والثُلاث غير الرُّبَاع،قد ألحَق بالآية ماليس فيها،ومالا دليلَ له عليه.

وهذا مثل قوله تعالى {قُلْ أئِنَّكم لتَكْفُرُون بالذي خَلَقَ الأرضَ في يَوْمَيْن}(٣) ثم قال {وقَدَّرَ فيها أقْواتَها في أرْبَعةِ أيَّام}(٣)

واليومَان الأوَّلان داخِلان في الأرْبَعة،لو [لا](٤) ذلك،لحَصَل العدد ستَّةَ أيام.

ثم قال:{فقَضَاهن سَبْعَ سماواتٍ في يَوْمَيْن}(٥)،فكان يَحْصُل خَلْقُ الجميع في ثمانيةِ أيَّام،وقد أخْبَرَ اللهُ في غير هذا الموضِع أنه

---

(١) من سورة النساء،آية رقم/٣.
(٢) في الأصل (لاس).
(٣) من سورة فصلت،آية رقم/٩،١٠ على الترتيب.
(٤) ساقطة من الأصل.
(٥) من سورة فصلت،آية رقم/١٢.

خَلَقَ السماوات والأرضَ في سِتَّة أيام(١)،فثَبَتَ بذلك أن مقتَضَى اللفظِ ومضمونَه أن يكون العددُ الأولُ داخلاً في الثاني،والثاني في الثالث،حتى تقومَ الدلالة على أنَّ المرادَ استئنافُ عددٍ غير الأول.

وأيضا فإن الواو قد تكون بمعنى (أو)في اللغة،وهو مشهور فيها(٢)،وكأنه قال:مَثْنى،أو ثُلاث،أو رُبَاع(٣)،وإذا كان هكذا(٤)،[فلا خلاف فيه(٥) مع ذلك بين الفقهاء(٦)].

مسألة: [لا يَجْمَعُ العبدُ بين أكثر مِن زوجتَيْن]

قال:(ولا يتزوَّجُ العبدُ أكثر مِن ثِنْتَيْن)

وذلك لما روى لَيْث عن الحَكَم قال:"أجْمَعَ أصحابُ رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبدَ لا يَجْمَعُ من النساء فوق اثنتين"(٧)

وروى جعفر بن محمد عن أبيه "أن علياً رضي الله عنه كان يقول:لا يَنْكِحُ العبد فوق اثنتين"(٧)

وروى سليمان بن سيار عن عبد الله بن عُتْبَة قال:"قال عمر ابن الخطاب رضي الله عنه:يَنْكِحُ العبدُ اثنتين،وتعتَدُّ بحيضتين،وتُطَلَّق اثنتَيْن"(٧)

---

(١) كما في سورة الأعراف،آية رقم/٥٤ {ان ربكم الله الذي خلق السموات والأرض في ستة أيام}،وغير هذا الموضع من القرآن الكريم،وقد ذكر هذا المعنى في تفسير الآيات السابقة من سورة فصلت،الفخر الرازي في التفسير الكبير ١٠٤/٢٧ والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن ٣٤٥/١٥ وغيرهما،وبحث المؤلف آية النساء في أحكام القرآن ٥٤/٢،والقرطبي في أحكامه ١٧/٥.

(٢) شرح ابن عقيل على ألفيه ابن مالك ٢٣٣/٣.

(٣) في الأصل (وكأنه قال:اذا كان هكذا أو ثلث ...)،والتصويب من أحكام القرآن للمؤلف ٥٤/٢.

(٤) قال المؤلف في أحكام القرآن ٥٤/٢ "ومن قال هذا،قال:انه لو قيل بأو،لجاز أن لا يكون الثلاث لصاحب المثنى،ولا الرباع لصاحب الثلاث،فأفاد ذكر الواو اباحة الأربع لكل أحد ممن دخل في الخطاب" اهـ،ومثله في تفسير الفخر الرازي ١٧٥/٩-١٧٦.

(٥) المغني ٤٣٦/٧.

(٦) في الأصل (وكأنه قال:اذا كان هكذا أو ثلاث أو رباع خلاف فيه مع ذلك بين الفقهاء)والتشويش أو النقص ظاهر في النص وقد حاولت ترتيبه كما أثبت،والله أعلم بالصواب.

(٧) مصنف ابن أبي شيبة ١٤٤/٤،سنن الدار قطني ٣٠٨/٣ سنن البيهقي ١٥٨/٧،المحلى ٤٤٤/٩،قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٧٣/٣"روى الشافعي عن عمر قال:لا ينكح العبد أكثر من اثنتين ...ورواه عن علي وعبد الرحمن بن عوف،قال الشافعي: ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف" اهـ.

ومن جهة النظر: إن العَدَدَ حقٌّ مُقَدَّر من حقوق النكاح، فيثبت له نصفُ مايثبتُ للحرّ، بدلالة أن عِدَّة الأَمَة على النصف من عِدَّة الحُرَّة، إذ كانت حقاً مقدَّراً من حقوق النكاح، وكذلك قالوا في قَسْمِ الأَمَة على النصف مِن قَسْم الحرة، وليس بمنزلة النَّفَقَة، لأنها غير مقدَّرة، ولا معلومة المقدار.

فإن قيل: قوله {فانْكِحُوا ماطابَ لكم} (١) يقتضي دخولَ العبد فيه.

قيل له: العبدُ لم يدخل قطّ في هذا الخطاب، لاتفاق الجميع (٢) أنه (٣) لايملك قط عقد النكاح، وأنَّ المَولى هو الذي يملك ذلك عليه.

مسألة: [ليس للعبد أن يتسرَّى بمِلك اليمين]

(وليس للعبد أن يَتَسَرَّى، وإن أَذِنَ له مَولاه)

وذلك لأنه لا يَمْلِك، وقد قال تعالى {والَّذين هم لفُرُوجهم حافِظُون إلا على أزواجهم أو ما مَلَكَتْ أيْمَانُهم} (٤)

والدليل على أنه لا يملك قولُ الله تعالى {ضَرَبَ اللهُ مثلاً عبداً مملوكاً لايَقْدِرُ على شيء} (٥) ولايخلو المراد به مِن أحد وجهَيْن:

إما نفيُ قُدْرةِ العبد رأساً، أو نفي المِلك، ولا يجوز أن يكون المراد نفي القُدرة، لأن العبدَ والحرَّ جميعاً قادِرَان لا يختلفان في القدرة من جهة الرِّق والحرّية، فعُلِمَ أن المرادَ نفيُ المِلك.

وعلى أن ظاهرَه يقتضي نفيَ الجميع، إلا أن الدلالة قد قامت على أنه لم يُرِد القدرة، بَقِيَ حُكْمُ اللفظ في نفي المِلك.

فإن قيل: فقد قال {وضَرَبَ اللهُ مثلاً رجلَيْن أحدُهما أَبْكَمُ لايَقْدِر على شيء} (٦) والبَكَمُ لا ينفي الملك ولا الرِّق.

قيل له: ظاهرُه يقتضي نفيَ الملك، إلا أنَّا صَرَفْنَاه عن الظاهر بدلالة (٧).

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/٣.
(٢) المغني ٤٠٩/٧.
(٣) في الأصل (لأنه).
(٤) من سورة المؤمنون، آية رقم/٧٠٦، ومن سورة المعارج، آية رقم/٣١،٣٠.
(٥) من سورة النحل، آية رقم/٧٥.
(٦) من سورة النحل، آية رقم/٧٦.
(٧) وهي ماتقدم في الكلام على الآية السابقة.

وأيضا،فإن المرادَ أَبْكَمُ مملوك.(١)

[فإن قيل: إن الله تعالى يقول:{وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُم والصَّالِحِينَ مِن عِبادِكُم وإمَائِكم إنْ يَكونوا فقراءَ يُغْنِهِمُ اللهُ مِن فَضْله}(٢)،فأثبتَ للعبد الغِنَى والفقر،فدلَّ على أنه يملك،إذْ لو لم يملك،لكان أبداً فقيراً](٣)

قيل له: المراد الغِنَى باستباحة البُضْع،لا بالمال،لأنه لو كان المراد الغِنى بالمال،لاستغنى كلُّ مَن تزوَّج،إذ غير جائز وقوع مُخْبَر الله تعالى على خلاف ما أخبرَ به.

وأيضا:فإنه راجع إلى الأيامَى مِن الأحرار،لأنهم هم الذين يستغنون،ويمِلكون دون العبد،بالدلائل التي قدَّمْنا.

فإن قيل:قال النبي صلى الله عليه وسلم "مَن باعَ عبداً،وله مال،فماله للبيِّع إلا أن يشترطه المُبْتَاع"(٤)فأضاف المالَ إلى العبد،فدلَّ أنه يملك.

قيل له:ليست هذه الاضافة [إلا على وجه](٥) اليد أو النسبة،كما قال تعالى{لا تَدْخُلُوا بيوتَ النَّبِيِّ إلا أن يُؤْذَنَ لكُم}(٦) /١٨٣

وقال{وقَرْنَ في بُيوتكن}(٦)فأضافها تارةً إلى النبي صلى الله عليه وسلم،وتارةً إليهن،ومعلومٌ أنَّ الملك لأحدهما.

وهو كقوله عليه السلام "مَن باعَ نخلاً،وله ثَمَرَة،فثمرتُه للبيِّع إلا أن يَشترطَ المبتاع"(٤)

ولم يدل على أن النخلَ يملِك الثمرةَ،وهو كقولك:هذا سَرْجُ الدابة،ولجامُها.

---

(١) (ألا ترى الى قوله "وهو كل على مولاه أينما يوجهه لا يأت بخير".فذكر المولى،وتوجيهه يدل على أن المراد: العبد،كأنه ذكر أولا عبدا غير أبكم ... ثم زاده نقصا بقوله "أبكم..." فدل على أنه أراد عبدا أبكم مبالغة في وصف الأصنام بالنقص وقلة الخير،وأنه مملوك متصرف فيه) أحكام القرآن للمؤلف ١٨٧/٣.
(٢) من سورة النور،آية رقم/٣٢.
(٣) في الأصل(أبكم مملوك،فان قيل المراد الغنى باستباحة...) وهو نص ظاهر النقص والسقط،وقد أتى المؤلف في أحكام القرآن ١٨٩ بالاعتراض والرد عليه،فاثبته منه.
(٤) تقدم ص/١٠٠،حاشية (٢).
(٥) ساقطة من الأصل،أثبته من أحكام القرآن للمؤلف ١٨٨/٣، لينتظم الكلام.
(٦) من سورة الأحزاب،آية رقم/٥٣،٣٢ على الترتيب.

ومِن وَجْه النَّظر: أن العبدَ لو كان ممَّن يملك، لوَجَبَ أن ينتقل ملك رقبتِه إليه بالكتابة، لأنه قد بَذَلَ عنها بدلاً، فكان يجب أن لا يكون معتَقَاً على المَولى، وأن لا يكون ولاؤه له، ومتى مَلَكَ رقبته انتقلَ إلى نفسه، فأُعْتِقَ عليها، فلمَّا اتَّفقَ الجميع على أن المكاتَب حُرٌّ على مِلك المولى، دلَّ على أن العبدَ لا يصح أن يملِك، لأنه لو كان ممَّن يملك، لمَلَكَ رقبته.

مسألة: [النهي عن تزوج امرأة في عدة أختها]

قال: (ولا يتزوج المرأة في عِدَّة أختِها، ولا أَرْبَعَ سواها، بائناً كانت أو غيرَ بائن)(١) وذلك لقول الله تعالى{وأن تَجْمَعُوا بين الأختَيْن}(٢)، ويحصُل بتزويج(٣) أختِها ضَرَرٌ من الجَمْع، لأنه يستلحق نَسَبَها(٤) وتجب نفقتُهما جميعاً وسُكْنَاهُمَا، وذلك منفيٌّ بالعموم(٥).

وأيضا قد اتَّفقنا(٦) على أنه لا يُجْمَعُ بين أختَيْن بملك اليمين في الوطء، والمعنى فيه أن الوطءَ حُكْمٌ مِن أحكام النكاح، فوَجَبَ على هذا أن لا يجوز له الجَمْع بينهما في حكم من أحكام النكاح كلا، وهو استِلْحَاق النسب، ووجوب النفقة والسُّكنى، وكونِها محبوسةً عليه بحكم العقد.

وأيضا وَجَدْنَا العِدَّة تَمْنَعُه من الجَمْع، ما يمنعه نفس عقد النكاح، والدليل عليه أن المرأةَ لمَّا كان محرَّماً عليها الجمع بين زوجَيْن في نكاح، كانت حال العِدَّة كحال النكاح نفسه في باب المنع من زوجٍ آخر، فوَجَبَ أن يكون كذلك حكم الزوج في أن تمنعه العِدة من الجمع، ما يمنعه نفس النكاح.

فإن قيل: إنما مُنِعَت المرأة التزويج، لأنها معتَدَّة، والرجل

---

(١) أي: وليس له وهي في العدة أن يتزوج أربعا سواها.
(٢) من سورة النساء، آية رقم/٢٣.
(٣) هكذا في الأصل (بتزويج)، وستتكرر هذه الصيغة على وزن (تفعيل) في كلام المؤلف، وتفعيل قد يجيء بمعنى تفعل، أي تزوج كما في فتح الباري ١٣٤/٧، مجمع بحار الأنوار ٤٤٢/٢، وسبق أن نبهت الى هذا في ص/٦٠٨.
(٤) أي نسب ولد هذه وتلك، كما في أحكام القرآن للمؤلف ١٣١/٢ بتصرف.
(٥) أي عموم النهي عن الجمع بين الأختين.
(٦) في أحكام القرآن ١٣٢/٢ (اتفاق الجميع)، وينظر في اتفاقهم على منع ذلك، المغني ٤٩٣/٧.

ليس عليه عِدة،فلا يمنع.

قيل له:والرجل ليس عليه عِدة إذا كانت تحته،ومع ذلك هو ممنوع مِن تزويج أختها،فليس إذاً تحريم الجَمْع مقصوراً على كونها معتَدَّة.

ورُوي نحو قولنا عن علي رضي الله عنه،وابنِ عباس،وزيدِ بن ثابت،في آخَرين من الصحابة رضوان الله عليهم.(١)

* * * *
* * *

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٤/٢٤٢-٢٤٤،مصنف عبد الرزاق ٦/٢١٧-٢١٨ المحلى ١٠/٢٩،الجوهر النقي ٧/١٥١ وبين أن أسانيدها جيدة.

باب
مايُحَرَّمُ الجَمْعُ بينه وغير ذلك

قال: [تحريم الزواج بالأمهات]

(وأمُّ الرَّجُلِ حَرَام عليه، وكذلك الجَدَّات)

وذلك لأن اسم الأم يجمَعُهنَّ، وقال الله تعالى{حُرِّمَتْ عليكم أمَّهاتُكم}(١) وهو اتِّفاق من المسلمين.(٢)

قال: [يَحْرُمُ مِن الرَّضاع ما يَحْرُم من النَّسَب]

(والرَّضاع مثلُ النَّسَب في ذلك، لقول النبي صلى الله عليه وسلم "يَحْرُم من الرَّضَاع ما يَحرُم من النَّسَب")(٣)

قال أحمد: وروي عن ابن عباس في قول الله تعالى{حُرِّمَتْ عليكم أمَّهاتُكم وبَنَاتُكم وأَخَواتُكم}(١) إلى قوله {وبناتِ الأخت}قال:(٤) حَرَّمَ الله تعالى هذا السَّبْع من النَّسَب، ومن الصِّهْر سبعٌ، يعني به قوله {وأُمَّهاتُكُمُ اللاتي أَرْضَعْنَكُم وأَخَواتُكم مِن الرَّضاعة وأُمَّهَاتُ نسائِكم وربائِبُكمُ}(١) {وحلائِلُ أَبْنَائِكُم}، {وأَنْ تَجْمَعُوا بين الأُخْتَيْنِ}(١). وقوله {ولا تَنْكِحُوا مانَكَحَ آباؤُكم}(٥)، {والمحصَنَاتُ مِن النِّساء إلا مامَلَكَتْ أيمانُكم}(٦) فهذه سبعةٌ مِن جهة النَّسَب، وسبعةٌ مِن جهة السَّبَب.

وجملة الأمر فيه أن النكاح يَحْرُم لسبعةِ معانٍ:

منها: مايحرُم بالوطء دون العَقْد، مثل الوطء بمِلك اليمين، وبالزِّنا.

ومنها: مايحرُم بالوطء وإن لم يكن عَقْد، مثلُ حلائلِ الأبناء، وأمَّهات النساء.

ومنها: مايحرُم بهما جميعاً كالرَّبائب.

ومنها: مايحرُم بالنَّسَب.

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/٢٣.
(٢) مراتب الاجماع لابن حزم ص/٦٦.
(٣) صحيح البخاري، الشهادات، باب الشهادة على الأنساب٥/٢٣٥، صحيح مسلم، الرضاع، باب يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة ٢/١٠٦٨.
(٤) صحيح البخاري، النكاح، باب مايحل من النساء ومايحرم ٩/١٥٣-١٥٤، ذكره مختصرا، وفصله الطبراني في المعجم الكبير ١١/٤٣١، مصنف عبد الرزاق ٦/٢٧٢، وينظر فتح الباري ٩/١٥٤ في الجمع بين رواية البخاري والطبراني.
(٥) من سورة النساء، آية رقم/٢٢.
(٦) من سورة النساء، آية رقم/٢٤.

ومنها: مايُحَرِّم بالرَّضَاع.

ومنها: مايحرِّم بجَمْعٍ بين ذواتَيْ رَحِمٍ مَحْرَم.

ومنها: مايحرِّم لأنها تحتَ زوج.

وإنما قلنا إن الربائب لايَحْرُمْنَ(1) إلا بالدخول، ولا يَحْرُمْنَ بالعقد وحدَه، لقول الله تعالى{وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ}(2)

وأمهات النساء يَحرُمْن(3) بالعقد، لقول الله تعالى{وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ}(2)، وذلك عموم في تحريمهِنَّ، دَخَلَ بالبنت، أو لم يَدْخُل.

وكذا "روي عن ابن عباس أنه قال في ذلك: أَبْهِمُوا ما أَبْهَمَ الله"(4)

/١٨٤ فإن قيل: قوله{اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ}راجع إلى الأمهات، لرجوعه / إلى الربائب.

قيل له: ليس كذلك، لأن قوله{اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ}تخصيص وحُكْم، والتخصيص أن يكون موقوفاً على ماحصل فيه اليقين، وقد صحَّ رجوعه إلى الربائب، فلا نردّه إلى الأمهات إلا بدلالة، لأنه لا يجوز تخصيص العموم بالاحتمال.

وأيضاً فإن شَرْطَ الدخول بمنزلة الاستثناء(5)، وحُكْمُ الاستثناء أن يرجع إلى مايليه، ولا يرجع إلى ماتقدَّمه إلا بدلالة.

وأيضا فإنه لايصح رجوعه إلى أمهات النساء، لأنه لو أَظْهَرْتَ في اللفظ ما أردْتَ إضمارَه فيه، لم يستَقِم الكلام، لأنه لا يجوز أن تقول: "في أمهات نسائكم من نسائكم"، لأن أمهات نسائنا، ليس من نسائنا، والرَّبائب مِن نسائنا، وهذا اللفظ إنما يستقيم في

---

(1) أي بالأمهات

(2) من سورة النساء، آية رقم/٢٣.   (3) أي على البنات.

(4) عزاه السيوطي في الدر المنثور٢/٤٧٣، لابن أبي شيبة، وعبد ابن حميد، وابن المنذر، وابن أبي حاتم والبيهقي في سننه٧/١٦٠ ومعنى مبهمات أي اللاتي ليس من المشروط فيهن الدخول ببناتهن، انما الشرط في الربائب، كما بين هذا الطبري في جامع البيان ٤/٣٢١.

(5) وتقديره "وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم الا اللاتي لم تدخلوا بهن" كما في أحكام القرآن للمؤلف ٢/١٢٨.

الربائب،دون أمهات النساء.

وقد رَوى عَمْرو بن شُعَيْب عن أبيه عن جَدِّه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل قولنا في أمهات النساء،والربائب جميعاً.(١)

ورُوي عن عُمَر وعِمْرَان بن حُصَيْن وزيد بن ثابت من قولهم(٢) مثل ذلك.

ورُوي عن علي وابنِ مسعود(٣) في قوله [فإن لم تكونوا دَخَلْتم بهن] أنه على الرَّبَائب والأمهات،لا تُحَرَّم واحدة منهن إلا بالدخول.

وروى إبراهيم عن شُرَيْح"أن ابنَ مسعود كان يقول في ذلك بقول علي رضي الله عنه،ويُفْتِي به،فلَقِيَ أصحابَ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم فذاكَرَهم،فكَرِهُوا أن يتزوَّجها،فلما رَجَعَ ابنُ مسعود نَهَى مَن كان أفتاه بذلك،وقال:إني سألتُ أصحابي فكَرِهُوا"(٤)

وقال زيد:إن طلق[فهو](٥)كما قال علي،وإن ماتت،لم تَحِلَّ(٦) له أمها،وجَعَلَ الموتَ كالدخول،لأنه تَسْتَحِق به المهر،فكذلك في التحريم.(٧)

---

(١) وهو قوله صلى الله عليه وسلم"أيما رجل نكح امرأة،فدخل بها،فلا يحل له نكاح ابنتها،وان لم يكن دخل بها،فلينكح ابنتها،وأيما رجل نكح امرأة،فدخل بها،أو لم يدخل بها،فلايحل له نكاح أمها"كما هو عند الترمذي في سننه،النكاح،باب ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها ٤٢٥/٣ وقال:هذا حديث لا يصح من قبل اسناده... والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم وقال الطبري في جامع البيان ٣٢١/٤-٣٢٢ "في اسناده نظر... وهذا خبر وان كان في اسناده ما فيه،فان اجماع الحجة على صحة القول به،مستغنٍ عن الاستشهاد على صحته بغيره" وينظر التلخيص الحبير ١٦٦/٣.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٢٧٤/٦،سنن البيهقي ١٥٩/٧-١٦٠،جامع البيان ٣٢١/٤.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ١٧١/٤،جامع البيان ٣٢١/٤.

(٤) مصنف عبد الرزاق ٢٧٣/٦،سنن البيهقي ١٥٩/٧.

(٥) ساقطة من الأصل.

(٦) أي لا بأس أن يتزوج أمها،كما هو عند الطبري في جامعه ٣٢١/٤ حين ذكر أثر زيد رضي الله عنه وأثر زيد هو عند ابن أبي شيبة في المصنف ١٧٢/٤.

(٧) قال المؤلف في أحكام القرآن ١٢٧/٢ موضحا ذلك"ويشبه أن يكون زيد بن ثابت انما فرق بين الموت والطلاق في التحريم. لأن الطلاق قبل الدخول،لا يتعلق به شيء من أحكام الدخول،ألا ترى أنه يجب فيه نصف المهر،ولا تجب عليها العدة،وأما الموت فلما كان في حكم الدخول،في باب استحقاق كمال المهر،ووجوب العدة جعله كذلك في حكم التحريم"ا.هـ

مسألة: [حُرْمَةُ أمٍّ وبنتِ المرأة المَوْطوءَة بحَرام]

قال: (ومَنْ وَطِئَ امرأةً حراماً، حَرُمَتْ عليه أمُّها وابنتُها وحَرُمَت على أبيه وابنِه)

وذلك لقول الله تعالى {ولا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤكم مِن النساء}(١)، والنكاح اسم للوطء حقيقةً، والعقدِ مجازاً، لأن حقيقة النكاح في اللغة هو الجَمْع بين الشيئَيْن.

أخبرنا بذلك أبو عُمر غُلام(٢) ثعلب عن ثعلب والمبرِّد جميعاً قالا: وتقول العرب أَنْكَحْنَا الفَرَا فَسَنَرَى، يعني جَمَعْنَا بين الحِمَار وأُنْثَاه، يَضْرِبُونه مثلاً للأمرِ مجتمعون عليه، ثم ينتظِرُون ماذا يصدُر عنه(٣).

وإذا كانت حقيقة النكاح الجَمْع، وكان الجَمْع(٤) إنما يقع بالوطء دون العقد، دلَّ على أنه حقيقة في الوطء، وأن العقد إنما سُمِّي بذلك لأنه سببُ الوطء، كما يسمى الشيء باسم غيره، إذا كان منه السبب.

ويدل عليه ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لَعَنَ اللهُ ناكِحَ البهيمة"(٥).

وقال الشاعر:

ومِن أَيِّمٍ قد أَنْكَحَتْنَا رِمَاحُنا ... وأُخْرَى على عمٍّ وخالٍ تَلَهَّفُ(٦)

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/٢٢.
(٢) في الأصل (بن)، وأبو عمر غلام ثعلب تقدم في شيوخه.
(٣) هذا المثل وبالمعنى نفسه في جمهرة الأمثال لأبي هلال العسكري ١٦٥/١-١٦٦، تاج العروس (فرا) ٩٦/١.
(٤) في الأصل (الجميع).
(٥) مسند الإمام أحمد ٢١٧/١، ٣١٧ بلفظ "ملعون من وقع على بهيمة"، وبلفظ "لعن الله ..."، سنن البيهقي ٢٣٤/٨، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ٥٥/٤ "روي من حديث عمرو بن أبي عمرو... ومال البيهقي الى تصحيحه لما عضد طريق عمرو بن أبي عمرو وعنده من رواية عباد بن منصور عن عكرمة"
وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٢٧٢/٦ "رواه الطبراني في الأوسط، وفيه محرز بن هارون، ويقال: محرر، وقد ضعفه الجمهور، وحسن الترمذي حديثه وبقية رجاله رجال الصحيح" ا.هـ
وأخرجه الحاكم في المستدرك ٣٥٦/٤ ووافقه الذهبي على تصحيحه.
(٦) لم أهتد إلى قائله.

وقال الأعشى:(١)

ومنكوحةٍ غيرِ مَمْهُورَةٍ   وأُخرى يقالُ له فَادِها(٢)

يعني المَسْبِيَّة الموطوءة.

ويدل على أن الحقيقةَ للوطء، أنَّ عقدَ النكاح لما كان مخصوصاً بإباحة الوطء، سُمِّي نكاحاً، إذ لم يكن مختَصَّاً بإباحة الوطء.(٣)

وأيضا الوطء آكدُ في إيجاب التحريم من العقد، لأنه قد وَجَدْنَا عقداً صحيحاً لا يوجِبُ تحريمَ الربيبة،(٤) ولم نجد وطئاً صحيحاً لا يوجب التحريم، ألا ترى أنه على أي وجهٍ وقع الوطء بملكِ يمينٍ أو نكاحٍ أو شُبهةٍ أَوْجَبَ التحريمَ، فعَلِمْنَا أن الوطءَ سببٌ لإيجاب التحريم على أيِّ حال وَقَع، وأنه لا يختلف فيه حكم المُبَاح والمحظور.

ويدل عليه أنه لو وَطِئ جاريةً له مجوسيَّةً، أو حائضاً، كان وطؤه إياها موجِبَاً لتحريم أمِّها وابنَتِها، وهو وطء محظور بالاتِّفاق.(٥)

وكذلك لو تزَوَّج امرأةً نكاحاً فاسداً، فوطئها، حُرِّمَتْ عليه أمُّها وابنَتُها.

وهذا كله يدل على أن الوطءَ مرادٌ بقوله {ولا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤكم} ويصح أيضاً أن يُجْعَلَ ابتداءً دليلاً للمسالة، وَيَرِد عليه موضع الخلاف.

---

(١) هو ميمون بن قيس، أبو بصير، من بني قيس بن ثعلبة الوائلي، يقال له الأعشى الكبير ولقب بالأعشى لضعف بصره، وهو من فحول شعراء الجاهلية، كان كثير الوفود على الملوك من العرب والفرس، كان غزير الشعر، وقد أدرك الاسلام ولم يسلم، مولده ووفاته في اليمامة قرب مدينة الرياض، توفي سنة سبع للهجرة، له ترجمة في خزانة الأدب ١/١٧٥، الأعلام ٧/٣٤١.

(٢) ديوان الأعشى الكبير ص/٧٥ رقم (٥٠)، والبيت جاء في وصف كرم رجل فيقول عنه: كم في بيته من سبية قد أحرزها لم يدفع فيها مهرا، وأخرى يطلب أهلها أن يفتدوها بالمال" ا.هـ من شرح ديوان الأعشى.

(٣) في الأصل (اذا)، والمعنى والله أعلم ان العقد لا يختص بإباحة النكاح فقط، بل يترتب عليه أشياء غير الاباحة، من وجوب المهر، وحرمة أمها ونحو ذلك.

(٤) وهو العقد على أم الربيبة قبل الدخول بها.

(٥) المغني ٧/٤٨٣.

وروي نحو قولنا [عن] عِمْران بن حُصَين والحَسَن والشَّعبي وإبراهيم.(١)(٢)

ويدلّ على ذلك من جهة السنّة ما رَوى جرير بن عبد الحميد عن حَجّاج(٣) عن أبي هانىء قال "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مَنْ نَظَرَ إلى فَرْجِ امرأةٍ، لم تَحِلَّ له أمُّها ولا ابنتُها"(٤) فلم يفرِّق بين الحلال والحرام.

فإذا كان التحريم واقعاً بالنَّظَر، فبالوطء أحْرَى أن يقع، لأن أحداً لم يفرِّق بينهما.

فإن قيل: روى عبد الله بن نافع عن المُغيرة بن إسماعيل عن عثمان بن عبد الرحمن الزُّهْري عن ابن شِهَاب عن عُروة عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عن الرجل يَتْبَعُ المرأةَ(٥) حراماً، أينكِحُ ابنتَها؟، أو يَتْبَعُ البنتَ حراماً، أينكحُ أُمَّها؟ قال: لا يحرِّمُ الحرامُ الحلالَ، إنما يحرِّمُ ما كان نكاحاً حلالاً"(٦)

فبيَّن للسائل نفيَ التحريم لما(٧) سئل عنه.

وقوله: "لا يحرِّمُ الحرامُ الحلالَ" ينفي وقوع التحريم بالزنا.

قيل له: ليس في سؤال السائل ذِكْر الوطء، وإنما فيه أنه يَتْبَعُها، ويُرَاوِدُها عَن نَفْسِها، ولا يكون بينهما وطء. فإذاً ليس في جوابه للسائل بيان موضِع الخلاف.

---

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) صحيح البخاري، النكاح، باب ما يحل من النساء ١٥٣/٩، مصنف ابن أبي شيبة ٤٢١/٤، الاشراف لابن المنذر (تحقيق أبو حماد) ص/١٠١، المحلى ١١٦/١٠، الجوهر النقي ١٦٩/٧.

(٣) في الأصل (حجاده)، والتصويب من أحكام القرآن للمؤلف ١٢١/٢، سنن البيهقي ١٧٠/٧.

(٤) سنن البيهقي ١٧٠/٧ وقال: هذا منقطع ومجهول وضعيف، الحجاج بن أرطاه لايحتج به فيما يسنده، فكيف بما يرسله عمن يعرف. اهـ ولم يتعقبه ابن التركماني بشيء.

(٥) في الأصل (البنت)، والتصويب من كتب السنن.

(٦) سنن ابن ماجه، النكاح، باب لايحرم الحرام الحلال ٦٤٩/١ قال في الزوائد: فيه عبد الله بن عمر وهو ضعيف، سنن الدارقطني ٢٦٨/٣، سنن البيهقي ١٦٩/٧.

قال ابن حجر في الفتح ١٥٦/٩ في اسناده عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي وهو متروك، وقد أخرج ابن ماجه طرفا منه واسناده أصلح من الأول. اهـ ورمز له السيوطي في الجامع الصغير (مع فيض القدير) ٤٤٧/٦ بالضعف وسيأتي في الصفحة التالية تضعيف المؤلف لهذا الحديث.

(٧) في الأصل (بما).

وأمـا قولـه "لا يُحَرِّمُ الحرامُ الحلالَ"فإنما عَنَى به ماسَأَلَه عنه السائل من اتِّبَاعها حراماً.

ويدل عليه "إنـمـا يـحرِّم مـاكـان نكاحاً حلالا"،يعني العقد الحلال، وأن العقد الفاسد لايحرِّم،وكذلك نقول.

وأيضا فإن الحديث واهٍ جداً،وإسناده مضطرب مختلف فيه، ومَدَارُه على عثمان بن عبدالرحمن الزُّهري،وهو ضعيف.

وأيضاً،فقد قيل في معنى"لايحرِّمُ الحرامُ الحلالَ" أنه الرجل يـزني بامرأةٍ، أنه جائز له أن يتزوَّجها،وإن وطئها حراماً،لايمنعُ عقدَ نكاحها.

وأيضاً،فلا خلاف أن الحرامَ يحرِّم الحلال،وهو وطء أَمَتِه في حال الحَيْض،ووطء الأَمَةِ المجوسيَّة، والجارية بين رجلَيْن إذا وَطِئَها أحدُهما،فهذا كُلّه وطء حَرَام،وهو يوجب التحريم،وكذلك الزنا، والمعنى الجامع بينهما حصول الوطء.(1)

فإن قيل:إنما أوجب الوطءُ التحريمَ في المسائل التي ذكرتَ، لِما تَعلَّق به مِن ثبوت النَّسَب،ووطء الزنا لا يتعلَّق به ثبوت النسب.

قيل له:هذا لا يعارِضُ اعتلالَنا،لأن المعنَيَيْن جميعاً يوجِبان(2) التحريم،فكيف يتنافيان.

وأيضاً فإن عقدَ النكاح يتعلَّق به ثبوت النَّسَب،ولا يحرِّم البنت،فلا يجوز أن يكون السَّبَبُ الموجِبُ لإثبات النَّسَب،لإيجاب التحريم.

وأيضاً فإن وطءَ التي لم تَبْلُغْ،(3) لا يتعلَّق به ثبوت النسب، ويوجبُ التَّحْريم،فعَلِمْنَا أن اعتبارَك ساقط.

واللَّمْس،والنَّظَرُ بشهوة،يوجِبُ من التحريم ما يوجِبُه الوطء.

ورُوي نحوه عن عُمَر،وابنِ عُمَر،وعَامر بن رَبيعة،وعبدِ الله بن

---

(1) أحكام القرآن ٢/١١٥-١١٦، المغني ٤٨٣/٧، القوانين الفقهية ص/١٣٩.
(2) في الأصل (لا يوجبان).
(3) في الأصل (لا).

عَمْرو، ومَسْرُوق.(١)

ويدل عليه حديث النبي صلى الله عليه وسلم "مَنْ نَظَرَ إلى فَرْجِ امرأةٍ حَرُمَتْ عليه أُمُّها وابْنَتُها"(٢)

وكلُّ مَنْ أوجَبَ التحريمَ بوطءٍ حرام، أوجَبه باللَّمْس بالشهوة أيضاً.

مسألة: [حكم الجَمْع بين أختَيْن في عُقْدَةٍ واحدة]

قال: (ومَنْ تزَوَّجَ أختَيْن مِن نَسَبٍ، أو رضاعٍ في عُقْدةٍ واحدة، فُرِّق بينه وبينهما)(٣)

وذلك لقولِ الله تعالى{وأنْ تَجْمَعُوا بينَ الأختَيْن}(٤) والجَمْعُ واقعٌ بهما جميعاً.

وليس أحدهما بأولى بفساد النكاح من الأخرى.

قال: [حكم من تزوَّج أختَيْن في عُقْدَتَيْن]

(وإن تزَوَّجَهُما في عُقْدَتَيْن، جاز نكاح الأولى منهما، وبَطَلَ نكاحُ الثانية)

وذلك لأن نكاحَ الأولى وَقَعَ صحيحاً، إذْ كان مباحاً، ونكاحُ الثانية وَقَعَ فاسداً، لأن الجَمْع بها وَقَع، وكان محظوراً.

قال: [تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها]

(وكذلك المرأة، وعَمَّتُها وخالَتُها)، وذلك لِمَا رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم في أخبارٍ متواترة "لا تُنْكَحُ المرأةُ على عمَّتِها، ولا على خالَتِها، ولا على بنتِ أُخْتِها، ولا على بنتِ أخيها لا الصُّغْرَى على الكُبْرَى، ولا الكُبْرَى على الصغرى"(٥)

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٢٨٠/٦-٢٨١ عن عمر رضي الله عنه، وعن مسروق، أما البقية فلم أهتد لتخريج آثارهم.

(٢) تقدم ص/٦٥٠، حاشية (٤).

(٣) في الأصل(بينها)، والتصويب من المختصر ص/١٧٧، ويقتضيه السياق.

(٤) من سورة النساء آية رقم/٢٣.

(٥) الجزء الأول من الحديث عند البخاري في صحيحه، النكاح، باب لاتنكح المرأة على عمتها ١٦٠/٩، صحيح مسلم، النكاح، باب التحريم بين الجمع بين المرأة وعمتها ١٠٢٨/٢.
وبهذا اللفظ عند الترمذي، النكاح، باب ماجاء لاتنكح المرأة على عمتها ٤٣٣/٣ وقال: حديث حسن صحيح، سنن أبي داود، النكاح، باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ٥٥٣/٢.

والمعنى في ذلك عندنا أنَّ كلَّ واحدٍ منهما لو كان رجلاً، والآخر امرأةً، لم يَجُزْ له أن يتزوَّج بها، فكذلك لا يجوز له الجَمْع بينهما.

مسألة: [تحريم وطء الأختَيْن بمِلك اليَمِين]

قال: (ولا يجوز له وطءُ الأختَيْن بمِلك اليمين)

وذلك لقوله تعالى {وأَنْ تَجْمَعُوا بينَ الأُخْتَيْن}(١) وعمومُه يقتضي النكاحَ والمِلك.

وروي عن علي رضي الله عنه قال: أَحَلَّتْهُمَا آيةٌ، وحَرَّمَتْهُمَا آية، والتحريمُ أولى.(٢)

وقال:(٣) يحرُم عليك من الإماء ما يحرُم عليك في كتابِ الله مِن الحرائر إلا العَدَد.

وعن عمار مثله.(٤)

ويُروى عن عثمان أنه قال: أَحَلَّتْها آية، وحرَّمَتْها آية، والتحليلُ أولى.(٥)

يعني بالتحليل قوله {والمحصَنات من النساء إلا ما ملكت أَيْمَانكم}(٦).

والصحيح هو الأول، لأن قولَه {إلا ماملَكَتْ أيمانُكم} مبني على ماتقدَّم ذِكْرُه مِن وجوه التحريم، ألا ترى أنه لم يُبِح به حلائل الأبناء، ولا أمهات النساء بملك اليمين، فكذلك بين الأختَيْن. وإنما يقتضي قولُه "أو ماملكت أيمانكم" يعني بالسَّبْي، أَبَانَ عن الفُرْقَةِ الواقعة بينها وبين زوجِها بورود السَّبْيِ عليها. وانقطاع العِصمة(٧) بينهما باختلاف الدارَيْن، لأن المراد بقوله {والمحصنات} ذوات الأزواج.

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/٢٣.
(٢) سنن البيهقي ١٦٤/٧، الموطأ ٢/٥٣٩.
(٣) القائل هو سيدنا علي رضي الله عنه، كما في أحكام القرآن للمؤلف ١٣٠/٢. والله أعلم.
(٤) سنن البيهقي ١٦٣/٧، الموطأ ٢/٥٣٨
(٥) سنن البيهقي ١٦٣/٧-١٦٤.
(٦) من سورة النساء، آية رقم/٢٤.
(٧) في الأصل (العصبة)، والتصويب من أحكام القرآن ١٣١/٢.

وأيضاً لو تعارضت الآيتان،وتساويَتا فيما يقتضيانه،وفي الاحتمال،لكانت آيةُ الحَظْرِ أولى،لأن مواقعةَ المحظور يُسْتَحَقُّ بها اللَّوْم،وتَرْكُ المباح لايوجب اللَّوْم.

وأيضاً فإن الحظرَ أصل،والإباحة(١) واردةٌ على الأصل،والحَظْرُ أولى.

قال أبو جعفر:(فإن وطء إحدى الأختَيْن،لم يَطَإِ الأخرى حتى يَحْرُمَ فرجُ الأخرى بتزويجٍ أو مِلك)،وذلك أنه إذا وطىء الثانية، فهو مسالك لوطء الأولى،ومع الجَمْع بوطء الثانية،وذلك محرَّم،فإن زوَّج الأولى،أو مَلَّكَها غيرُه،حلَّ له وطء الأخرى،لأنه لايكون جامعاً، إذْ لم يكن وطءُ الأولى في مِلكه،ألا ترى أنه إذا طلَّق/امرأته، وانقضَتْ عدَّتُها،حَلَّ أن يتزوج أختَها،لأنه لايقع به جَمْع.

قال:(وإن كاتَبَها حَلَّت له الأخرى)

وذلك لأن وطأَها قد خرج عن مِلكه،ألا ترى أنه إذا وطئها لَزِمَه عُقْرُها،وأنها إذا وُطِئَتْ بشُبْهة أو نكاحٍ،كانت أولى بمَهْرها مِن المَولى.

قال:(وروي عن أبي يوسف أنه لايَحِلُّ له وطء الأخرى بمكاتبة الأولى)،لأن وطأَها لم يَمْلِكْه عليه غيره.

قال:(وقال أيضاً في هذه الرواية:إنه إن مَلَكَ فَرجَ الأولى غيرُه،لم يكن له أن يطأَ الأخرى حتى تحيضَ الأولى حيضةً بعد وطئها)،لأنه جائز أن تكون حاملاً منه،فيكون جامعاً لمائه في رَحِمَيْ أختَيْن،فيَسْتَبْرِئَها حتى يُعْلَمَ أنها ليست بحامل.

قال: [حكم الجَمْعِ بين امرأةٍ مع زوجةِ أبيها]

(ولا بأس بالجَمْع بين امرأةٍ وبين زوجةِ أبيها)

قال أحمد:ورُوي نحوه [عن](٢) عبد الله بن جعفر(٣)،وعبد الله بن

---

(١) في الأصل (نامل)،والتصويب مستفاد من نص أحكام القرآن ١٣٠/٢.

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) عبد الله بن جعفر بن أبي طالب الهاشمي،أحد الأجواد،ولد بأرض الحبشة أيام الهجرة إليها،له صحبة،توفي رضي الله عنه سنة ثمانين للهجرة،له ترجمة في التقريب ص/٢٩٨(٣٢٥١)،فوات الوفيات ١٧٠/٢،وقوله هذا رواه عنه البيهقي في سننه ١٦٧/٧.

صفوان،[1] وروي عن الحسن[2] كراهة ذلك، وهو قول ابن أبي لَيْلَى.

فإن قيل: لو كانت رجلاً لم يجز له أن يتزوَّج امرأةَ أبيه، فينبغي أن لايجوز الجَمْع بينهما.

قيل له: إنما قلنا إن كلَّ واحدٍ منهما لو كان رجلاً لم يجز له تزويج الأخرى، وكذلك لايجوز الجَمْع بينهما، وهذا الاعتبار غير موجود في مسألتنا، لأنَّا إذا جَعَلْنَا بنتَ الزوج رجلاً، لم يصح أن نجعلَ امرأةَ الأب رجلاً، لأن الأخرى لاتكون بنتَ الزوج.

مسألة: [حكم الزواج بنساء أهلِ الكتاب]

قال: (ويَحِلُّ تزويج نساءِ أهل الكتاب)، لقوله تعالى {والمُحْصَنَات من الذين أوتُوا الكتابَ مِن قَبْلِكم}[3]، وروي إباحته عن جماعة من الصحابة، من غير خلاف مِن نُظَرائِهم عليهم.[4]

فإن قيل: إنما أراد بقوله {والمُحْصَنات مِن الذين أُوتُوا الكتابَ مِن قبلكم}[3] مَنْ قد أَسْلَمَ منهن، كما قال {وإنَّ مِنْ أهلِ الكتاب لمَنْ يُؤْمِنُ بالله}[5].

قيل له: إطلاق لفظ أهلِ الكتاب يقتضي هذَيْن الفريقَيْن مِن اليهود [والنصارى][6]، إلا أن يُقْرَن بالإيمان، ولايجوز لنا صَرْفُ اللفظ عن ظاهره إلى غيره إلا بدلالة، وعلى أنه لو كان كذلك، لم يكن في ذكرهِنَّ فائدة، لأنه قد ذَكَرَ المؤمنات قبلَهن بقوله {والمحصَنَات مِن المؤمنات}[3]، وهذا ينتظم مَن كانت كتابيَّة وأسلَمَتْ، ومَن كانت مسلِمَةً لم تَزَل، وكلُّ تأويلٍ أدَّى إلى ابطال حكم الأصل، فهو ساقط.

---

(١) عبد الله بن صفوان بن أمية بن خلف، المكي، ولد على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، ولأبيه صحبة مشهورة، وقتل مع ابن الزبير سنة/٧٣هـ، له ترجمة في تقريب التهذيب ص/٣٠٨(٣٣٩٤).
وقوله وقول الحسن وابن أبي ليلى ذكره ابن قدامة في المغني ٤٩٨/٧.
(٢) أي البصري رحمه الله، وذكر الكراهة عنه وعن ابن أبي ليلى ابن قدامة في المغني ٤٩٨/٧.
(٣) من سورة المائدة، آية رقم/٥.
(٤) الاشراف لابن المنذر ص/٩١، المغني ٥٠٠/٧.
(٥) من سورة آل عمران، آية رقم/١٩٩.
(٦) ساقطة من الأصل.

[حكم زواج المسلم بمجوسية]

قال: (ولا يَحِلُّ للمسلم تزوّج المجوسيَّة) لقول الله تعالى {ولا تَنْكِحُوا المُشْرِكَات}(١) ثم خصّ الكتابيَّات، فبقيّة المجوسيّات على حُكْمِ الحَظْر.

فإن قيل: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهلِ الكتاب"(٢).

قيل له: هذا وَرَدَ في شأن الجِزْيَة، كذا روي في الخَبَر.

وهذا الخبر يدل على أنهم ليسوا أهلَ كتاب، ويدل على أنهم ليسوا أهلَ كتاب قوله تعالى {أَنْ تَقُولُوا إنما أُنْزِلَ الكتابُ على طائِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنا}(٣)، فلو كان المَجُوس مِن أهل كتاب لكانوا ثلاث طوائف.

ومِن جهة النظر اتِّفَاق الجميع(٤) على أن عَبَدَةَ الأوثان لاتُنْكَحُ نساؤهم، والمعنى فيه أنهم ليسوا أهلَ كتاب، والمَجُوس مثلُهم لهذه العِلَّة.

وقد روي عن عبد الله الدَّانَاج عن مَعْبَد الجُهَنِي قال رأيتُ امرأةَ حُذَيْفَةَ مَجُوسِيَّة يُقال لها سَابِرْذَخت(٥)، وهذا يحتمل أن تكون كتابيَّة حين كانت تحت حذيفة، ثم تحوَّلت بعد موته إلى المجوسِيَّة.

وأيضا فإن(٦) مَعْبَداً الجُهَنِي لم يُدْرِك حذيفة.

مسألة: [حكم الزواج بنساء الصابئين]

قال أبو جعفر: (ونساءُ الصابِئين عند أبي حنيفة كسائِرِ أهل

---

(١) من سورة البقرة، آية رقم/٢٢١.
(٢) الموطأ، الزكاة، باب جزية أهل الكتاب والمجوس ٢٧٨/١ قال ابن عبد البر في التمهيد ١١٤/٢-١١٦ "هذا حديث منقطع.. لكن معناه متصل من وجوه حسان" ا.هـ وقال ابن عبد الهادي في المحرر في الحديث ٤٦٥/٢ "في اسناده انقطاع، وقد روي نحوه متصلا من وجه آخر"، وفي التلخيص الحبير ١٧٢/٣ "لكن في سماع محمد من حسين نظر كبير، ورواه ابن أبي عاصم في كتاب النكاح بسند حسن" ا.هـ وينظر فتح الباري ٢٦١/٦.
(٣) من سورة الأنعام، آية رقم/١٥٦.
(٤) المغني ٥٣١/٧.
(٥) سنن البيهقي ١٧٣/٧ وقال: هذا غير ثابت، والمحفوظ عن حذيفة أنه نكح يهودية ا.هـ المحلى ٤٤٩/٩.
(٦) في الأصل (لأن).

الكتاب سَواءٌ هُنّ،لابأس بتزويجهن ووطئهن بمِلك اليمين،وتُؤْكَل ذبائحهم .

وقال أبو يوسف ومحمد :نساءُ الصابئين في ذلك كالمجوسيّات)

قال أحمد :كان أبو الحسن الكَرْخي رحمه الله يقول:لاخِلاف بينهم في المعنى،وإنما أجابَ أبو حنيفة عن صِنْفٍ من الصابئين يَنْتَحِلُون دينَ المسيح،وهم فِرْقَةٌ مِن النَّصَارى يُقرُّون بالإنْجيل في ناحية البَطَائِح في عَمَلِ واسط(١).فهؤلاء حُكْمُهم حُكْمُ النصارى،وإن خالفوهم في أشياءَ مِن أمرِ دينهم .

قال الله تعالى {ومَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنكم فإنه منهم }(٢).فهذا قولُهم جميعاً فيمَن كان هذا وصفُه أنه مِن أهل الكتاب .

وأجاب أبو يوسف ومحمد عن قومٍ آخَرين،يُسَمَّوْن أيضاً صابئِين في ناحية حَرّان(٣)،يعبدُون الأوثانَ والكواكب،ولاينْتَحِلُون دينَ المسيح(٤)، فهؤلاء لاتجوز مناكَحَتُهم ،ولايحلّ أكلُ ذبائحهم .

وإنما جواب أبي حنيفة عن مسائلَ لاخلاف بينهم فيها،وأجاب أبو يوسف ومحمد عن مسائلَ أخرى لاخلاف بينهم فيها أيضاً .

مسألة : [تغليب حُكْمِ أهلِ الكتاب لِمَن كان أحدُ أبوَيْه كتابياً والآخر مجوسياً]

قال أبو جعفر: (ومَنْ كان أحدُ أبوَيْه كتابيّاً ،والآخر مجوسيّاً كان حُكْمُه حُكْمَ أهلِ الكتاب)

وذلك لأن الكتابيَّ له بعض أحكامِ المسلمين،وهو المناكحة ،

---

(١) من ناحية الجنوب،كما في معجم البلدان ٣٤٨/٥،وواسط موقعها يتوسط بين الكوفة والبصرة،كما في بلدان الخلافة الشرقية ص/٥٩.
(٢) من سورة المائدة ،آية رقم/٥١.
(٣) وهي على طريق الموصل والشام بينها وبين الرقة يومان وكانت منازل الصابئة ،وهم الحرانيون،كما في معجم البلدان ٢٣٥/٢.
(٤) وقد زاد المؤلف في بيان حال الصابئة في أحكام القرآن ٣٢٨/٢ فبين أن أصل اعتقادهم واحد وهو تعظيم الكواكب وعبادتها ،لكن لظروف سياسية أظهروا النصرانية ،وأبطنوا اعتقادهم ،قال:والذي يغلب على ظني في قول أبي حنيفة في الصابئين أنه شاهد قوما منهم أنهم يظهرون أنهم من النصارى وأنهم يقرؤون الانجيل،وينتحلون دين المسيح تقية ا.هـ مختصرا .

وجوازِ الذَّبِيحة ،فَثَبَتَ له هذا الحكم بأحدِهما ،كما ثَبَتَ له أحكام الإسلام إذا كان أحدُهما مسلماً ،وإنما كان مسلماً إذا كان أحد أبَوَيْه مسلماً ،لقول النبي صلى الله عليه وسلم "كُلُّ مولودٍ يُولَدُ على الفِطرة ،فأبواه يهوِّدانه وينصِّرانه ،حتى يُعْرِبَ لسانُه"(١) فأثبت له حكم الفطرة بنفسه ،ونقله عنها بالأبوين جميعاً ،فلما لم يجتمعا على الكُفْر ،لم ينقُلاه ،وكذلك لاينقلانه عمَّا للكتابيِّ مِن أحكام الإسلام إلا باجتماعهما على ذلك. ١٨٧

<u>مسألة:</u> [ليس للزوج جَبْر زوجته الكتابية على الغُسْل مِن الحيض]

قال: (ومَن تزوَّج مِن المسلمين كتابيَّة ،لم يكن له جَبْرُها على الغُسْل مِن الحَيض)

وذلك لأنه ليس عليها غسل، إذ(٢) كان الغُسْل إنما يتعلَّق وجوبُه بوجوب الصلاة ،وليست هي مؤاخذةً بالصلاة في أحكام الدِّيْن.

قال: [مَنْعُ الزوجةِ الكتابيَّة مِن الخروج إلى الكَنَائِس]

(وله منعُها مِن الخروج إلى كنائِس النَّصَارى، وأَعْيَادِهم)

وذلك لأنه يستحق عليها تسليمَ نفسها في بيتِه ،فله أن يمنعَها من الخروج كما يمنع المسلمة.

<u>مسألة:</u> [تَمَجُّس الزوجة الكتابيَّة يُحَرِّمُها ويفسخُ نكاحَها]

(ومَن تزوَّج من المسلمين كتابية ،فتَمَجَّست ،حَرُمَتْ عليه ،وانْفَسَخ نكاحُها)

وذلك لأنه قد طَرَأ على العقد ما يوجِبُ التحريم ،فصار كالرِّدَّة.

قال: (ولو كانت نصرانيَّةً ،فتهوَّدَتْ ،خُلِّي بينها وبين ما اختارَت

---

(١) صحيح البخاري الجنائز ،باب اذا أسلم الصبي فمات ٢١٩/٣ صحيح مسلم ، القدر ،باب معنى كل مولود يولد على الفطرة ٢٠٤٧/٤ ، وتقدم ص/٤٦٧.
وبلفظ "حتى يعرب عن لسانه" في المسند للامام أحمد ٣٥٣/٣.
(٢) في الأصل (اذا).

من اليهودية،وكانت زوجتُه على [حالِها](١)،وكذلك لو كانت يهودية فتنَصَّرَت)

وذلك لأن ما صارت إليه مِن الدِّين،لايمنع ابتداء العقد،فأَنْ لايمنع البقاء أولى.

مسألة: [حُكمُ خِطْبة المَخْطُوبَة]

(ومَن خَطَبَ امرأةً،فلم تركَنْ إلى خِطبته إياها،لم يكن على غيره بأس في خِطبتها،وإنما يُكرَه له خِطبتها بعد خِطبة غيره،إذا كانت قد رَكَنَتْ إلى خَاطِبِها الأول)

قال أحمد:إنما يُكرَه له خِطبتها إذا رَكَنَتْ إلى غيره،لِمَا حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا موسى بن الحسن بن أبي عَبَّاد قال حدثنا عبد الله بن رَجَاء قال حدثنا صَخْر بن جُوَيْرِيَة عن نافع عن ابن عمر قال"نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أَنْ يَخْطِب الرجلُ على خِطبة أخيه،حتى يَتْرُكَ الخاطِبُ الأول،أو يأْذَنَ له،فيخطِب"(٢)

فإن هذا الحديث على معنَيَيْن:أحدُهما:النهي عن خِطبته على خِطبة غيره،والثاني:أن ذلك لِحَقِّ الخاطِب الأول،وأنه متى تَرَكَ الخِطبة،وأَذِنَ للثاني فيها،جاز.

وأما إذا لم تركَنْ إليه،فإنما جاز له ذلك،وإن لم يأْذَن الأول،لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفَاطمة بنت قَيْس:إذا انقَضَتْ عِدَّتُكِ فآذِنِيني،فلمَّا انقضت عِدَّتُها أَعْلَمَتْه،وقالت:قد خَطَبَنِي أبو الجَهْم،ومعاوية،فقال:أما أبو الجَهْم فلا يَضَعُ عَصَاه عن عاتِقِه،يعني يَضْرب النساء،وأما معاوية فصُعْلوك لامال له،ولكن عليكِ بأسامة بن زيد،قالت:فتزَوَّجتُه،فجَعَلَ اللهُ فيه خيراً"(٣).

---

(١) ساقطة من الأصل،وهي مثبتة في المختصر ص/١٧٨،وبها يتم المعنى.

(٢) صحيح البخاري،النكاح،باب لا يخطب على خطبة أخيه ١٩٨/٩ صحيح مسلم،النكاح،باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ١٠٣٢/٢.

(٣) صحيح مسلم،الطلاق،باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ١١١٤/٢.

فخَطَبَها النبيُّ صلى الله عليه وسلم على أسامة بعد ما أعلَمَته أنَّ أبا الجَهْم، ومعاوية قد خَطَبَاها. (١)
«وروى أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قَعْباً وحِلْساً لرجلٍ من الأنصار فيمن يزيد».

مسألة: [الخِطبة في العِدّة]

قال: (والتصريحُ بالخِطبة في العِدَّة مكروه، والتعريض بذلك مباح) لقول الله تعالى {ولا جُناح عليكم فيما عَرَّضْتُم به مِن خِطبة النساء} إلى قوله {لا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرّاً} (٢) يعني نكاحاً.

"وقال النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قَيس: إذا انقضَتْ عِدّتك فآذِنيني" (٣)، وذلك تعريض منه في العِدّة.

"قال ابن عباس: التعريضُ أن يقول: إني أريدُ أَنْ أتزوَّج" (٤).

قال مجاهد: يقول: إنكِ لحسناء، وإنكِ لجَميلة. (٥)

قال سعيد بن جبير في قوله {إلا أن تقولوا قَولاً مَعْروفا} أن يقول: إني فيكِ لَراغبٌ، وإني لأرجو أَنْ نَجْتَمِع. (٦)

* * * *
* * *

---

(١) الحديث تقدم ص١٦٩، والمرادُ من هذا الدليل القياس على بيع المزايدة، حيثُ يجوزُ فيه للمشتري الزيادةَ على ما دَفَعَه المشتري الأول، وذلك لأنَّ البائعَ لم يُرْكَنْ إلى إيجاب المشتري الأول، فكذلك الخِطبة.
(٢) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣٥.
(٣) تقدم في الصفحة السابقة، حاشية (٣).
(٤) جامع البيان للطبري ٥١٧/٢.
(٥) جامع البيان ٥١٨/٢.
(٦) جامع البيان ٥٢٦/٢.

باب
نِكَاح أهلِ الشِّرْك

قال أبو جعفر: [حكم زواج أهلِ الذمة والحرب]

(وإذا تزوَّجَ الذِّمِّيَّان أو الحَرْبِيَّان بغير مَهْر، وذلك جائز في دِيْنِهم، فهو جائز، ولا مَهْر لها، وقال أبو يوسف ومحمد في الذميَّيْن: لها المهر)

قال أحمد: الأصل في ذلك أن إثبات المهر في العقد حقٌّ لله تعالى، وفي التالي من العقد حق لها، وهم غير مؤاخذين بحقوق الله، فلم يثبت في العقد.

والدليل على أنه في العقد حق لله تعالى، وفي التالي حق لآدمي، ألاترى أن المسلِمَيْن لايجون لهما إسقاطه من العقد، ولها أن تُبْرِئَه بعد العقد.

وأيضاً لمَّا لم يكن شرط العقد استصحابُ بقاءِ المهر، صار كالنكاح بغير شهود، لمَّا لم يكن شرط بقاء العقد استصحاب بقاء الشهود، جاز عقدُهم بغير شهود، وإن ارتَفَعُوا إلينا لم نَفْسَخْه، كذلك المهر.

ولأبي يوسف ومحمد، أن الذميَّيْن من أهل دارنا، أحكامُنا جاريةٌ عليهم، فيثبت المهر، وإن لم يشترطاه، كالمسلمين.

وليسا كالحربيَّيْن، لأنهما تعاقدا حيث لا/تجري عليهما(1) /١٨٨ أحكامنا، وقد تراضَيَا بأن لا مهر، فلم يجب في العقد، ولايجب بعده أيضاً.

ألا ترى أن الحدودَ لمَّا كانت حقّاً لله تعالى، لم يجب على الحربيِّين إذا أسلموا بعد ذلك، وقد أصابوه في حال الحرب، لأنه وجب حيث لايَدَ للإمام فيه، كذلك المهر.

وأما الذِّمِّيَّان فهما تحت يدِ الإمام، وبحيث تجري عليهما الأحكام، فثبت كالحدود، وليس ثبوت المهر كالحدّ عند أبي حنيفة، لأن الحدود عقوبات مستَحَقَّة بالإجرام، فلا يختلف فيها حكم

---

(1) في الأصل (عليها).

أهل الدار، كما لايختلف في القصاص والتعزير، والمهر حق لله تعالى في العقد، لاعلى وجه العقوبة، فأشبه سائر العبادات، فلم يؤاخَذوا بها.

وأيضاً فإن الحدود موضوعة لمنع الفساد، والزَّجْر عنه، والذميون ممنوعون من الفساد في دار الإسلام كالمسلمين، لأن إظهار الفساد في دارنا ضرر علينا، فكان مصلحةً لنا ونفعاً. فلمّا كان لنا فيها حق، لم يختلف فيها المسلم والذمي.

مسألة: [حكم زواج الذمي بما هو محرَّم في الإسلام]

قال أبو جعفر: (وإذا تزوج الذمي ذمّيّةً في عِدَّةٍ من ذمي، جاز نكاحه، وخُلّي بينه وبين ذلك، إذا كان ذلك من دِينهم.

وكذلك مَن تزوّج منهم ذات مَحْرَم منه، وذلك في دِينهم جائز، خُلّي بينهم وبين ذلك.

وكذلك لو تزوَّج خمسَ نسوة، أو أختَيْن، مالم يتراضَ الزوجان في ذلك بأحكام المسلمين، فإذا تراضيا بها رُدَّا إليها، ولايُرَدّان إليها برضا أحدهما، وهذا قول أبي حنيفة.

قال: وقال أبو يوسف: لايُعْتَرَض لهما في شيء من ذلك، مالم يَرْفَعْه أحدُهما إلى حاكم المسلمين، فإذا رَفَعَه أحدُهما، حَكَمَ فيه بينهما بُحْكم المسلمين، رَضِيَ بذلك صاحبُه أو كَرِهَه).

قال أحمد: مذهب أبي حنيفة في ذلك أنهم يُخَلَّوْن وأحكامَهم في المناكحات، حتى يجتمعا جميعاً على الرضا بُحكْم الإسلام، فإذا تراضيا بذلك، حُمِلَا على أحكام المسلمين، إلا في النكاح في العِدّة، والنكاح بغير شهود.

وقال محمد مثلَ قول أبي حنيفة، أنهم يُخَلَّوْن وأحكامَهم في النكاح، وليس لنا أن نعترضَ عليهم، إلا أنه يقول: إذا رضي أحدُهما بأحكامنا، حُمِلَا جميعاً على أحكام الإسلام في جميع ذلك، إلا في النكاح بغير شهود، فإنه لايفسخه.

ويخالفُ أبَا حنيفة في النكاح في العِدّة، فيفسخه إذا رضي أحدُهما حُكْمَنا.

وذَكَـر أبـو جعفر أن قـولَ أبي يوسف أنهم يُخَلَّوْن في أحكامهم حتـى يرضى أحدُهما بِحُكمِنـا ،فَيُحْمَلا حينئذٍ على أحكام الإسلام ، وهذا إنما هو قول محمد خاصَّة .

وقـول أبـي يوسف أنهم يُحْمَلُون على أحكامنا ،رَضُوا بها ، أم لم يرضَوْا ، إلا أنه لايُفْسَخُ النكاح بغير شهودٍ عليهم .

قـال أبـو يـوسف:لو أمْكَنَني أن أتْبِعَهُم بأحكامنا في ديارهم فعلتُ،لقـول الله تعالى:{وأنِ احكُمْ بـيـنـهم بـمـا أنْزَلَ الله ولاتتَّبِعْ أهواءَهم}. (١)

يُحْتَجّ لأبي حنيفة في ذلك بقول الله {فإن جَاؤوك فاحْكُمْ بينهم أو أعْرِضْ عنـهم} (٢) وروي أن قوله {وأنِ احكُمْ بينهم بما أنْزَلَ اللهُ ولاتتَّبِعْ أهواءَهم} نزل بعد قوله {فاحْكُمْ بينهم أو أعْرِضْ عنهم} ، (٣) فصار التخيير الذي في الآية الأولى منسوخاً بالثانية ، إلا أنه لم تَقُم الدلالة على أن شَرطَ المجيء المذكور بالآية الأولى منسوخ، إذ ليس يمتنع أن تنتظم الآية معنيَيْن،فيُنْسَخ أحدُهما ، ويَبْقَى المعنى الآخر غيرَ منسوخ،فإذا لم تَقُم الدلالة على أن شرطَ المجيء منسوخ بقَّيْنَاه،وجَمَعْنَا بينه وبين الآية الثانية ، فصار كقوله"فإن جاؤوك فاحكم بينهم بما أنْزَلَ الله".

وأيضا فإنّـا أعطيناهم العهدَ على أن نُخَلِّيهم وشرائِعَهم وأحكامَهم،مالم يكن فيه فساد على أهل الإسلام.

والدليل عليه أنهم يخَلَّوْن وعبادةَ غير الله ،وصَلَوَاتِهم في بِيَعِهم وكنائِسهم ،وهذا كلُّه كُفْرٌ وظلال،وقد أُقِرُّوا عليه ،فكذلك نكاح ذوات المحارم،ليس بأعظم مِن ذلك.

وأيضا فإنه معلوم إقرارُ النبي صلى الله عليه وسلم قوماً

---

(١)(٢) من سورة المائدة ، آية رقم/٤٩،رقم/٤٢ على الترتيب.
(٣) قال أبو جعفر النحاس في معاني القرآن ٢/٣١٠ والقول بالنسخ هو الاختيار عند أهل النظر،وقال ابن الجوزي في نواسخ القرآن ص/٣١٣ بعد أن نقل النسخ عن ابن عباس وعطاء ومجاهد... وغيرهم قال:ثبت أن قول أكثر العلماء أن الآية منسوخة .

من النصارى واليهود في دار الإسلام على ذمة(١)، وقد كان يَعْلَم لا محالة أنهم يستبيحون من مناكحاتهم كثيراً ممّا هو محظور في شريعة الإسلام، فلم يعترض عليهم في شيءٍ منها، فدلَّ على أنهم مُقَرّون عليها، ما لم يرتفعوا إلينا.

فإن قال قائل: فقد منَعْتَهم الزّنا والسَّرِقَة ونحوها.

قيل له: أما الزنا فلا نعلم أحداً يستبيحه من أهل الملل، وكذلك السرقة أيضاً، فإن فيه إظهارَ الفساد في دار الإسلام، وهم ممنوعون منه، لما فيه من الضَّرر على المسلمين.

فإن قيل: فقد مَنَعْتَهم الرِّبا، وسائر البيوع الفاسدة.

قيل له: لأن لذلك أصلاً آخر قد ثبت بالسنة، فردَدْنَاه إليه، وهو ما روي "عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كَتَبَ إلى نصارى نجران: إما أن تَذَرُوا الرِّبَا، وإما أَنْ تَأْذَنُوا بحربٍ من الله ورسوله"(٢) /، فصار ذلك أصلاً في البِيَاعات. /١٨٩

وقال الله تعالى {فَبِظُلْمٍ مِنَ الذينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عليهم طيباتٍ أُحِلَّتْ لهم وَبِصَدِّهِم عن سبيلِ الله كثيراً * وأَخْذِهِمُ الرِّبَا وقد نُهُوا عنه}(٣)

فأخبرَ اللهُ تعالى أنهم مَنْهِيُّونَ عن الربا، ممنوعون منه بالشرع.

والذي منَعَهم التعاملَ بالربا، هو الذي أَقَرَّهم على مناكحاتهم، مع عِلْمِهِ صلى الله عليه وسلم بمخالفة كثيرٍ منها أحكامَنا، فصار كلُّ واحدٍ من ذلك أصلاً في نفسه، لا يُعتَرَض عليه بغيره.

وأما أبو يوسف، فذَهَبَ إلى ظاهر قوله {وأن احْكُمْ بينهم بما

---

(١) تقدم ص/٣٦٩، حاشية (٥).
(٢) سنن أبي داود، الخراج والامارة، باب في أخذ الجزية ٣/٤٣٠ بلفظ قريب، وسكت عنه، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/١٢٥ "في سماع السدي من ابن عباس نظر، لكن له شواهد".
(٣) من سورة النساء، آية رقم/١٦٠، ١٦١.

أنزلَ اللهُ ولا تتَّبِعْ أهواءَهم }(١)

وروي عن عمر أنه أَمَرَ أن يُفَرِّق بين المجوس وبين ذواتِ محارمِهم.(٢)

وإنما اعتبرَ أبو حنيفة مجيئَهما جميعاً،ورضاهما بحُكْمِنا، لقول الله تعالى{فإن جاؤوك فاحكُمْ بينهم }(٣).فشَرَطَ مجيئَهما جميعاً في إيجاب الحُكْم بينهما.

وأيضاً فإنهما إذا لم يكونا محمولَيْن على حُكْمِ الإسلام لو لم يرتَفِعَا إلينا،فغيرُ جائزٍ أن يُلْزَم الذي لم يرضَ بحُكْمِنَا،لأَجْلِ رِضا الآخر،لأن رضاه غيرُ جائزٍ على صاحبه.

وقال محمد:إذا رَضِيَ أحدُهما بحُكْمِ الإسلام،صار كأنه مسلم، فحُمِلَ الآخر على حكم الإسلام،كما لو أسلم أحدُهما.

والانفصال لأبي حنيفة أن إسلام أحدِهما،يوجِبُ حَمْلَهما على حكم الإسلام،ولايصح لهما التراضي على غيره،ورضا أحدهما لايُلزِمُهُمَا ذلك.(٤)

ألا ترى أنه لو قالَ بعد مارَضِي،أنَا لا أرضى،لم يُحْكَمْ بينهما فلذلك اختلفا.وأما النكاح في العِدَّة فإن أبا حنيفة لم يَفْسَخْه وإن رَضِيَا بحُكْمِنَا،أو أسلما جميعاً،وفَرَّقه بينه وبين نكاح ذواتِ المحارم مِن وجهَيْن:

أحدهما:أن العِدَّة إنما تمنع ابتداءَ العقد، ولاتمنع البقاء، ألا ترى أن المرأة إذا وُطِئَتْ بشُبْهةٍ،وهي تحت زوجٍ،فوَجَبَتْ عليها العِدَّة،لم يمنع ذلك بقاء العقد.

ولو أراد أن يَبْتَدىء عليها عقداً في العِدَّة لم يصح،فلمَّا كان كذلك،وقد وَقَعَ العقد بحيث لااعتراض فيه،ولو فَسَخْنَاه كُنَّا إنما نَمْنَعُ البقاء عليه لأجل العِدَّة،وقد بيَّنَّا أن العِدَّة لاتمنع

---

(١) من سورة المائدة،آية رقم/٤٩.
(٢) مصنف عبد الرزاق ٤٩/٦،المحلى ٣٤٨/٧ وصححه.
(٣) من سورة المائدة،آية رقم/٤٢.
(٤) أي هناك فرقا وفصلا بين حال إسلام أحدهما،وبين رضا أحدهما،ووجهه كذا...

بقاء النكاح،وإنما تمنع الابتداء،فأشبهَ مِن هذا الوجه النكاحَ بغير شهود، أنه لمَّا كان الشهود شرطاً في ابتداء العقد،لا في البقاء،لم يصحّ النكاح بعد الإسلام والتراضي بأحكامنا لأجلِ عَدَم الشهود في الحال.

وفارَقَ نكاح ذواتِ المحارم،والعقد على خَمْسِ نِسْوةٍ،مِن جهةِ أن هذه العقوبة لايختلف فيها حكم الابتداء والبقاء في الإفساد فلذلك مَنَعَ البقاء في هذا الحال.

والوجه الآخر: أن مذهب أبي حنيفة أنه لايَرى عليها عِدَّةً إذا لم يكن في دِينهم وجوبُ العدة،لأن العِدَّة حق لله تعالى،لزومُها متعلّق بتقدّم الإسلام،كالصلاة وسائر العبادات.

وأما أبو يوسف ومحمد جميعاً فلم يفرِّقوا بينهما لأجل العِدَّة على حسب اختلافهما في حال التفريق،وذلك لأن النكاح بغير شهود مختلَف فيه،فمِنَ الفقهاء مَن يُجيزه،فصار ذلك عقداً واقعاً، تلحقه الإجازة مِن قِبَل حاكمٍ،لو حكمَ بصحَّته،وقد وَقَعَ في الابتداء غير معرَّض للفسخ عند الجميع،مالم يتحاكموا إلينا، لأن المسلمَيْن لو عَقَدَا بغير شهود،لم يكن للحاكم أن يعترض عليهما،حتى يحتَكِمَا إليه.

وإذا وقع في حال الكُفْر على هذا الوجه لم يفسخه بعد الإسلام.

وأما النكاح في العِدّة،فقد وقع على فسادٍ لاتلحقه إجازة بحال،فصار بمنزلة نكاح ذواتِ المَحَارم.

قال أحمد:وقال زُفَر: يفرَّق بينهما أيضاً في النكاح بغير شهود،لأن العقد وقع على فساد عنده.

مسألة: [حكم زواج الذمي ذمية في عِدَّتها مِن مسلم]

(وإذا تزوَّج ذمية في عِدَّة مسلم[(١)]،لم يجز نكاحها)

لأن عدَّتها حق للمسلم ،فلا سبيل لها إلى أن تُدْخِلَ عليه

---

(١) أي في عدتها من مسلم دخل بها،فمات عنها أو طلقها،كما في مختصر الطحاوي ص/١٧٩.

فراشاً لغيره، مع بقاء حكم فِراشه، والدليل على أن فيها حقاً للزوج، وإن كانت حقاً لله تعالى قولُ الله {فَمَالَكُم عَلَيْهِنَّ مِن عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَها}(١) فجَعَل العِدَّة إذا وَجَبَتْ حقَّاً له.

مسألة: [التفريق بين مجوسي أسلم وبين زوجته المجوسية إن أبت الإسلام]

قال: (وإذا تزوَّجَ المجوسيُّ امرأةً مجوسيةً، ثم أسلَمَ، عُرِضَ عليها الإسلام، فإنْ أسلَمَتْ فهي امرأتُه على حالها، وإن أبَتْ فُرِّق بينهما)

وإنما لم يُقَرَّا على النكاح لقوله تعالى {ولاتَنْكِحُوا المشركات حتى يُؤْمِنَّ}(٢) وهي مشركة لايجوز وَطْؤُها.

ويدلُّك عليه أن ابتداء العقد عليها لايصح في هذه الحال، وإنما لم تقع الفرقة بإسلامه، لأن المعنى الموجِبُ للتحريم وهو كُفْرها غيرُ حادِث على النكاح، وإسلامه هو الحادِث، وليس الإسلام موجِبَاً للتحريم، ولابدَّ لوقوع الفُرقة مِن سببٍ حادِث على النكاح فلمَّا لم يكن كفرها حادِثاً على العقد، بل كان العقد موجوداً معه، احتَجْنَا إلى سببٍ تقويةِ الفُرقَة، وهو إباؤها الإسلام بعد العَرْض عليها، لأنه لايجوز لنا تبقيتها على النكاح.

/١٩٠ /وليس إسلام أحد الزوجين فيما يتعلَّق به من الفُرقة، كرِدَّة أحدِهما، لأن الرِّدَّة سببٌ موجِبٌ للتحريم، حادث على النكاح، فصار كالرَّضاع، ووطءِ أمِّ المرأة، وسائرِ الأسباب الحادِثة على العقد الموجِبَة للتحريم، فوقعت الفرقة عقيبها، فإذا عَرَضْنَا الإسلام، فأبَتْ أن تُسْلِمَ، صارَ إباؤها سبباً حادِثا على العقد، يتعلَّق به إيجاب الفرقة، ففرَّق القاضي بينهما مِن أجله.

مسألة: [للمجوسية صَدَاقها إن دخَلَ بها المجوسي ثم أسلم]

قال أبو جعفر: (فإن كان قَدْ دَخَلَ بها، فلها الصَّدَاق الذي تزوَّجَها عليه)

---

(١) من سورة الأحزاب، آية رقم/٤٩.
(٢) من سورة البقرة، آية رقم/٢٢١.

وذلك لأن بطلان العقد مِن جهتها،لايُسْقِط المهرَ المستَحق بالدخول،لأن ذلك الدخول لايرتفع بارتفاع العقد.

ويدل عليه قولُ النبي صلى الله عليه وسلم "أَيُّما امرأةٍ نُكِحَت بغير إذن مَواليها فنكاحها باطل،فإن دَخَلَ بها فلها مهرُ مثلها،بما استحلَّ مِن فَرْجِها"(١)

فحَكَمَ بفساد عقد الأَمَة إذا عَقَدَت بغير إذن مولاها،ولم يَحْكُم ببطلان مهرها.

"وقال عليه السلام لعُوَيْمِر العَجْلاني حين لاعَنَ بينه وبين امرأته،فقال عُوَيْمِر:مالِي مالِي،يعني المهر الذي أعطاها،فقال النبي صلى الله عليه وسلم "لامالَ لك!إنْ كنتَ صَدَقْتَ عليها،فبما استَحْلَلْتَ مِن فَرْجِها،وإن كنتَ كَذَبْتَ عليها،فذلك أَبْعد لك"(٢).

فأخبر عليه السلام بأنها مستَحِقَّة للمهر،وإن كان الزوج صادِقاً،وهي كاذبة بما استحلَّ مِن فرجها.

قال:(وإن لم يكن دَخَلَ بها،لم يكن لها عليه صداق)،وذلك لأن الفُرقة جاءت مِن قِبَلها قبل الدخول،فصارت كالفُرقة الحادثة بردَّتها،فيسقط مهرها.

ولو كانت المرأة هي التي أسلمت،وأبى الزوجُ الإسلامَ بعد عَرض الحاكم عليه ذلك،ففرَّق بينهما،كان عليه نصف المهر،إذا كان ذلك قَبْل الدخول،لأن الفُرقة جاءت مِن قِبَله قبل الدخول،وكلُّ فُرقة جاءَتْ مِن قِبَل الزوج قَبْل الدخول،فعليه فيه نصف المهر،وإذا جاءت مِن قِبَل المرأة سَقَطَ المهر.

مسألة: [إذا تزوج الذمي أختَيْن أو خمسَ نسوةٍ ثم أسلمن]

قال أبو جعفر:(وإذا تزوَّج أختَيْن معاً،أو خَمْسَ نسوةٍ في دار الحرب،ثم أسلَمْنَ جميعاً،فُرِّقَ بينه وبينهن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف،وكذلك لو تزوَّجَ أمّاً وابنتَها في عُقدة.

وقال محمد في الأختَيْن،يختار أيَّتهما شاء،ويختار مِن الخَمْس

---

(١) تقدم ص/٤١١،حاشية (٣).
(٢) صحيح البخاري،الطلاق،باب صداق الملاعنة ٤٥٦/٩،صحيح مسلم اللعان ١١٣٢/٢.

أربعاً،وفي الأم والبنت إن لم يدخل بواحدةٍ حُرِّمَت الأم،ويُمسكُ البنتَ،وإن كان دَخَلَ بهما فُرِّقَ بينه وبينهما)

قال أحمد: الأصل في ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، أن كلَّ عقد لايختلِفُ فيه حكم الابتداء والبقاء للمسلم،فإنه لو عَقَدَه في حال الكُفْر،وقع فاسداً،فإذا أسلمَ لم يُقَرَّ عليه.

وذلك نحو عقد الأختَيْن،والخَمْسِ النسوة في عُقْدة،فهذا مما لايختلف فيه حكم الابتداء والبقاء، ألا ترى أنه لايصح للمسلم البقاء على الأختَيْن،ولا على الخَمْس النسوة،كما لا يصح له ابتداء العقد.

ولو تزوّج رجلٌ صَبِيَّتَيْن رَضِيعَتَيْن،فأرضعتهما امرأة،وقعَت الفُرْقَةُ بينه وبينهما،ولم يصح البقاء على نكاحهما،كما لايصح الابتداء.

والدليل على صحة هذا الأصل،ووجوب اعتباره إذا وقع العقد في حال الكُفر، اتفاق الجميع على أنه لو تزوّج ذاتَ مَحْرَم منه،ثم أسلَمَ فُرِّق بينهما،وكان عَقْده في حال الكفر،كهو في حال الإسلام. (١)

كذلك العقد على الأختَيْن ،والخَمْس النسوة،والأم،والبنت، إذْ كُنَّ سواء في تساوي حُكْم الابتداء والبقاء في حال الإسلام.

ولايلزم على ماذكرنا النكاح في العدة،وبغير شهود،مِن قِبَل أن حكم الابتداء والبقاء يختلف في ذلك،إذ ليس شرط بقاء العقد، استصحاب الشهود،وخُلُوّها من العِدّة، ألا ترى أن مَنْ طَرَأت عليها عِدّة مِن وطءِ شُبْهة،وهي تحت زوجٍ،لم يُبْطِل ذلك نكاحَ الزوج وكذلك موت الشهود،وعدمهم،لايقدح في العقد بخلوّها من العِدّة ووجود الشهود، إنما هما شرط في صحة وقوع العقد لا في بقائه. فلذلك اختلفنا.

واحتجّ مَن خَيَّره فيهن"بحديث مَعْمَر عن الزهري عن سالم عن ابن عمر أن غَيْلان بن سلمة أسلمَ وتحته عَشْرُ نِسوة، فقال النبي

---

(١) المغني ٧/٥٥٠-٥٥٣.

صلى الله عليه وسلم :خُذْ منهنَّ أربعاً"(١).

وبحديث "محمد بن عبد الله الثقفي عن عُروة بن مسعود(٢) قال: أسلمتُ،وتحتي عَشْرُ نسوةٍ .فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : اخترْ منهن أربعاً ،وخَلِّ سائِرَهن"(٣).

وبحديث"ابنِ أبي ليلى عن حُمَيْضَة بن الشَّمَرْدَل عن الحارث بن قيس أنه أسلم وعنده ثمان نسوة ،فقال له النبي صلى الله عليه وسلم :اخترْ منهن أَرْبَعاً"(٤).

وبحديث يزيد بن أبي حَبيب عن أبي وَهْب الجَيْشَاني عن الضَّحَّاك بن فَيْرُوزعن أبيه قال:قلتُ يارسول الله : إني أسلمتُ وتحتي أختان/قال:طَلِّق أيَّتهما شئت"(٥). /١٩١

قال أحمد :فأما حديث الزهري فإنه يقال:إنه ممَّا أخطأ فيه مَعْمَر،وذلك لأنه كان عندهم حديثان في قصة غَيْلان بن سلمة أحدهما : أن غيلان طَلَّق نساءَه ،وقَسَّم ماله بين ورثته ،فقال له عُمُر:وايْمُ الله لئن متَّ قبل أن تراجِعَ نساءَك لأورِّثهنَّ مِن مَالِك،

----

(١) سنن الترمذي، النكاح،باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة ٤٣٥/٣ وقال:سمعت محمد بن اسماعيل يقول هذا حديث غير محفوظ.سنن ابن ماجه ، النكاح،باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ٦٢٨/١، المستدرك للحاكم ١٩٢/٢،صحيح ابن حبان (موارد الظمآن) ص/١٣٠ (١٢٧٧) والحديث قال عنه جماعة من الحفاظ انه لا يصح الا مرسلا،منهم البخاري وأحمد بن حنبل، وصححه بعضهم كالحاكم ،ينظر في هذا التلخيص الحبير ١٦٨/٣.

(٢) في الأصل (عروة عن ابن مسعود)والتصويب من سنن البيهقي ١٨٤/٧ التلخيص الحبير ١٦٩/٣.

(٣) سنن البيهقي ١٨٤/٧.

(٤) سنن ابن ماجه ، النكاح،باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع ٦٢٨/١،سنن أبي داود ، الطلاق،باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان ٦٧٧/٢،وسكت عنه ،سنن البيهقي ١٨٣/٧. قال المنذري في مختصر سنن أبي داود ١٥٦/٣ "في اسناده ابن أبي ليلى وقد ضعفه غير واحد من الأئمة ،قال أبو عمر النمري:لم يأت من وجه صحيح ا.هـ وبمعناه كشاهد حديث غيلان كما في سنن ابي داود ٦٧٨/٢.

(٥) سنن الترمذي، النكاح،باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان ٤٣٦/٣ وقال حديث حسن ،سنن أبي داود ، الطلاق،باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان ٦٧٨/٢ وسكت عنه ، صحيح ابن حبان (الموارد) ص/٣١٠ (١٢٧٦)،وصححه الشافعي،كما في نيل الأوطار ٣٠٢/٦.

ثم لأَرْجُمَنَّ قبرَك، كما رُجِمَ قَبْرُ أبي رِغَال.(١)

وإسناد هذا الحديث عن الزهري عن سالم عن أبيه قد رواه عنه جماعة.

وكان عنده في قصة غَيلان حديث آخر عن النبي صلى الله عليه وسلم حين أسلم غيلان،وعنده عشر نسوة،فأمَرَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً،ولكن إسناده عند الزهري ماذكره مَعْمَر، فجعل معمرٌ إسنادَ حديث عمر في قصة غيلان لحديث النبي صلى الله عليه وسلم في أمره إياه باختياره أربعاً منهن.(٢)

والدليل على ذلك أن مالك بن أنس(٣) وعَقِيْل بن خالد قد رَوَيَا عن الزهري أنه قال:بَلَغَنِي عن عثمان بن محمد بن أبي سُوَيد أن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال لغَيلان بن سَلَمة وقد أسلم،وتحته عشر نسوة: اختَرْ منهنَّ أربعاً،فلو كان عند الزهري عن سالم عن أبيه في هذا شيء،لما لَجَأَ إلى البلاغ في الرواية. فهذا الذي يبيِّن خطأَ معمر في إسناده هذا الحديث.

ولأن أحداً لم يتابِعْ مَعْمَراً على هذا الإسناد،إلا أنه قد رُوِي عن سالم عن أبيه من غير طريق الزهري،رواه سيف بن عبيد الله الجَرْمِي عن سَرَّار بن مُجَشِّر العَنَزِي أبو(٤) عبيدة قال:حدثنا أيوب عن نافع،وسالم عن ابن عمر أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة،فأسلمَ وأسلَمْنَ معه،فأمَرَه النبيُّ صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً.

---

(١) كان أبو رغال دليلا لأبرهة الأشرم الى مكة،حين أراد هدم الكعبة المعظمة،كما في أخبار مكة للأزرقي ١٤٢/١،تاريخ الخميس للدياربكري ١٨٨/١،وفيه أنه القبر الذي مر به رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة الطائف،وبين لهم أنه قبر أبي رغال كما في سنن أبي داود، الخراج والأمارة،باب نبش القبور العادية ٤٦٤/٣.
(٢) ومثله من كلام الامام البخاري رحمه الله،كما في سنن الترمذي ٤٣٥/٣،وينظر التلخيص الحبير ١٦٨/٣.
(٣) الموطأ ٥٨٦/٢.
(٤) في الأصل (أن) والتصويب من سنن البيهقي ١٨٣/٧،تهذيب التهذيب ٤٥٥/٣ حيث ان كنيته أبو عبيدة.

ولو ثبت هذا الحديث وسائرُ الأخبار المروية، لم تدلّ على موضع الخلاف، وذلك أنه لم يثبت أن عقدَ هؤلاء كان بعد تحريم الخَمْس، والجمعِ بين الأختين.

وجائز أن يكون عقدُهم كان قَبْل تحريم الجَمْع بين الخَمْس نسوةٍ، والأختَيْن، فإن كان كذلك، فقد كان العقد وقَعَ صحيحاً في حال الإباحة، ثم طَرَأَ التحريمُ بعد، فيكون له الخيار، كما نقول في رجلٍ طَلَّقَ إحدى امرأتَيْه ثلاثاً بغير عينها، أن ذلك لايُفْسِدُ عقدَهما ويكون له الخيار في إمساك إحداهما، ويعتبر الطلاق في الأخرى، وإن كان لو ابتدأ العقد عليهما معاً، وقد كان طَلَّق إحداهما ثلاثاً، ولم يَعْرِفْها، لم يصحَّ عقدُه عليهما، ثم إذا صَحَّ العقد لم يكن تحريمُ إحداهما بغير عينها موجِبًا لتحريم الأخرى، وإذا احتمَلَ أن يكون العقد الذي أجاب فيه النبيُّ صلى الله عليه وسلم كان (١) في حال الإباحة، ولم يكن ذلك عمومُ لفظٍ من النبي صلى الله عليه وسلم فيمَن عَقَدَ على هذا الوصف في حال الشِّرْك، فينتظر حال الإباحة والحظر، بل كان حكماً في قضية بعَيْنِها محتَمِلة لما وصفنا، سَقَطَ الاحتجاج به في موضع الخلاف، إذْ ليس لأحدٍ مِن الخصمَيْن أن يدَّعِيَ وقوعَه بعد الحظر إلا ولخصمه أن يدَّعِيَه قبلَه.

فإن قيل: تَرْكُ النبيِّ صلى الله عليه وسلم سؤالَ السائل عن حالِ وقوع العقد، يدل على أن الحكم شامل للحالَيْن، لأن الحكم لو كان مختَلِفاً لسَأَلَه النبيُّ صلى الله عليه وسلم.

قيل له: يجوز أن يكون تَرْكُه المسألةَ عن ذلك لعلمه وقوع العقد، والاحتمال على الوجه الذي ذكرنا.

ويدل عليه أن العقد كان في حال الإباحة، وأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قد عَلِمَ ذلك، قولُه لفيروز الدَّيْلَمي في الأختَيْن "طَلِّق أيَّتَهما شِئْتَ" فهذا يدل على أن العقدَ كان في حال الإباحة، وأنه

---

(١) في الأصل (الذي اجاب فيه النبي صلى الله عليه وسلم ثم أجاب به كان...)

مَلَكَ بُضْعَ الأُخْتَيْن جميعاً بالعقد،لولا ذلك لَمَا صَحَّ طلاقُه في المحرَّمة منهما.

وأيضاً يحتمل أن يكون معنى قوله "اخترْ منهن أربعاً" و"اخترْ أيَّتَهما شئت" بنكاح مستقبَل،وعقدٍ جديد.

وأيضا يحتمل قوله "اخترْ منهن أربعاً" أن يكون مرادُه الأربعُ الأوائل.

*** وأما محمّد فذَهَبَ إلى ظاهرِ هذه الأخبار،فإذا تزوَّج أُمّاً وبنتاً،حَرُمَت الأم عنده بتزويج البنت، فيفارِقُها بعد الإسلام،فإن دَخَلَ بالأم حَرُمَت البنت أيضاً بوطء الأم.

مسألة: [عدة ونفقة المرأة التي فرق بينها وبين زوجها لأجل اسلام أحدهما]

قال:(وإذا فُرِّقَ بين المرأة وزوجِها لأجل إسلامها،وإبائه الإسلامَ،فعليها العِدّة،كعِدَّة المطلَّقة،ولها السُّكْنَى والنفقة على الزوج،وإن فَرَّقْنَا بينهما لإسلامه،وإبائها الإسلام،فعليها العِدَّة إن كان بعد الدخول،ولانفقة لها في/ العِدّة،ولها السُّكْنَى). /١٩٢

قال أحمد: الأصل في ذلك أنَّ كلَّ فُرْقَةجاءت مِن قِبَلها بمعصية وقد دَخَلَ بها،فلا نفَقَةَ لها،ولها السُّكنَى،والأصل فيه النشوز أنه يُبطِل النفقة،لأن المنع جاء من قِبَلها بمعصية،وأما السُّكْنَى فإنها حق لله تعالى،فلا يَسْقُط بفعلها.

ألا ترى أنها لو أبرأت منها لم تصح،وأما إذا كانت الفُرقة مِن جهة الزوج،فلها السكنى والنفقة بمنزلة الطلاق،وإن كانت الفُرقة من قِبَلها بغير معصية(١)،فلها نفقة العِدَّة والسكنى،لأنها غير عاصيةٍ فيه،فلم تسقط نفقتها.

مسألة: [الرِّدَّة سببٌ للفُرقة بين الزوجين]

قال:(وأيُّ الزوجَيْن ارتدَّ،وقَعَت الفُرقة بينهما بنَفْس الرِّدَّة)

وذلك لأن الردة سبب موجِب للتحريم،حادِث على العقد،والدليل

---

(١) كخيار البلوغ،كما في حاشية ابن عابدين ٦١١/٣.

على ذلك أنها تمنع استئنافَ العقد عليها، فوَجَبَ أن تقعَ الفرقة عقيبها، كالرضاع، والطلاق الثلاث، ونحوها.

وأيضا لم يختلفوا أنها توجب الفرقة (١) إلا أنَّ مِن الناس مَن يوجبها بمعنى ثلاث حِيَض، فكان وقوعها في الحال عندنا لما وصفنا.

وليست الرِّدَّة كالطلاق الرجعي، لا يوجب التحريم، ولا يمنع صحة ملك البُضْع.

قال: [ارتدادُهما معاً لا يوجب الفُرْقَة]

(وإن ارتدَّا معاً لم تَقَع الفُرقة)

قال أحمد: وهذا استحسان مِن قولهم، وكان القياس أن تقعَ الفرقة، وجهة القياس أن السببَ الموجِبَ للتحريم، وهو الردة، حادث على النكاح على ما بيَّنَّا، فكانت رِدَّتُهما معاً، كرِدَّة أحدِهما، ولكنهم تَرَكوا القياس، لأن مِن أصلهم جوازَ تخصيص العلَّة، وتَرْكُ حُكمِها مع وجودها، لقيام الدلالة عليه (٢).

والدلالة الموجِبَة لتخصيص علة القياس التي ذكرناها، أن أهلَ الردة لمَّا أسلَمَ مَن أسلَمَ منهم في زمن الصحابة رضي الله عنهم، لم يفرِّقوا بينهم وبين نسائهم (٣).

فإن قال قائل: ومِن أينَ لك أن رِدَّتَهم وإسلامَهم جميعاً كانا مِن الزوجين معاً، ويمتنع مع ذلك في العادة أن يكون كلُّ مَن ارتدَّ منهم ارتدَّت امرأتُه معه في حال ارتداده، لم يسبِقْ أحدُهما به صاحبَه.

قيل له: هو كما قلت، إلا أنَّ الأصلَ أنَّ كلَّ أَمْرَيْنِ لا يُعْلَم تقدُّم أحدِهما على صاحبه، سَقَطَ حُكْمُ التاريخ فيه، وصارا كأنَّهما وَقَعَا [معاً] (٥).

والدليل على ذلك الغَرْقَى، والقوم يقع عليهم البيت، أنَّا لا نعلم تقدُّم موتِ أحدِهم على غيرهم، حَكَمْنا بموتهم جميعاً معاً.

---

(١) المغني ٥٦٤/٧.

(٢) بحث ابن الهمام مسألة تخصيص العلة في التحرير، ومعه شرحه تيسير التحرير لأمير بادشاه ١٥/٤-١٦، فتح الغفار لابن نجيم ٣٨/٣-٣٩.

(٣) الموطأ ٥٤٤/٢ بلاغاً عن ابن شهاب.

(٤) ساقطة من الأصل.

وإن شئتَ قيّدْتَ العلّة في الأصل بما يلزمه عليه التخصيص فقلتَ إن الردّة عند اختلاف الدِّيْنَيْن لما كانت سبباً موجباً للتحريم، ثم أشْبَهت سائرَ الأشياء الموجِبَة للتحريم، مثل الرضاع ونحوه، فوقعت الفرقة عقيبهما. فإذا ارتدّا معاً، فلم يختلف بهما الدِّينان، فلم يلزم على العلة، وإذا اختَلَف بهما الدينان فحُكْمُهما موقوفٌ على دلالة أخرى، وقد قامت الدلالة من إقرار الصحابة مَن أسلم مِن أهل الردة على نسائهم، على أنهما لم يختلف بهما الدينان، لم يوجب الفرقة.

قال: [إن أسلم المرتدان كانا على نكاحهما]

(فإن أسْلَمَا معاً كانا على نكاحهما). لأنهما لم يختلفا في الدينَيْن، ولأن ردّتَهما لَمّا لم توجب الفرقة، فإسلامهما أحرى أن لا يوجبها.

قال: [إن أسلمَ أحد المرتدَّيْن قبل الآخر وَقَعَت الفرقة]

(وإن أسلمَ أحدُهما قبل صاحبه، وَقَعَت الفرقة). وذلك لأنهما اختلفا في الدِّيْنَيْن، فصار كَرِدَّة أحدهما قبل الآخر، إذ كانت الردة حادثة على النكاح، وقد اختلف بها الدينان، وليس إسلام مَن أسلم منهما هو الموجِب للفرقة، ولكن الموجِب لها، هو الردة الحادثة على العقد عند اختلاف الدينَيْن.

* * * *
* * *

باب
نكاح الشِّغَار

مسألة: [نكاح الشِّغَار جائز ويجب فيه مَهْر المثل]

قال: (وإذا زوَّجه اختَه على أنْ يزوِّجه اختَه، أو زوَّجه أمَتَه على أن يزوِّجه أمَتَه، ليس بينهما مَهرٌ غير ذلك، فالنكاح جائز، ولكلّ واحدةٍ منهما مَهْرُ مثلها. قال: وهذا الشَّرْط هو الشِّغَار)

قال أحمد: هذا العقد قد اشتمَلَ على ثلاثة معان: أحدُها: تمليكُ البُضْع بعقدِ نكاح، والثاني: شَرْطُ بُضْعِ كلّ واحدةٍ لوليّ الأخرى، والثالث: أنْ لا مَهْرَ لها.

وعقد النكاح لا تُفْسِدُه الشروط، ولا فسادُ البدل، ولا عَدَمُه.

والدليل عليه أنه لو تزوَّجها على خَمْرٍ أو خِنْزيرٍ، جاز النكاح، وبَطَلَ الشرط.

وكذلك لو تزوَّجها على أنْ لا مهرَ لها، كان لها المَهْرُ، وجاز النكاح، وبَطَلَ الشرط.

١٩٣/ وإذا صح ما وصفنا، ولم يكن في هذه المسألة إلاهذه / المعاني وكلٌّ واحدٍ منها لاتأثيرَ له في فَساد العقد، وَجَبَ أن يجوز العقد.

فإن قيل: نَهَى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشِّغَار (١)، فينبغي أن يفسد العقدُ لعموم النهي.

قيل له: إذا ثبت أنّ نكاح الشِّغَار وَصْفُه ما قدَّمْنا، وهو أن يزوِّجَه اختَه على أنْ يزوِّجه اختَه، أو يزوِّجه أَمَتَه على أنْ يزوِّجه أَمَتَه، وكذلك رُوي تفسيره عن السَّلَف، فهذا إنما هو عقدٌ واقعٌ على أحدِ وجهَيْن:

إما أنْ يكون لم يُشْرَط لها فيه مهرٌ رأساً، ويُشْرَطُ لوليِّها مَنْفَعَة، وهو بُضْع الأخرى، وذلك لا يُفسد العقدَ، لأن عدم تسمية البدل في النكاح لا تأثير له في إفساد العقد.

أو أن يكون جَعَلَ بُضع كل واحدة بدلاً لبُضْع الأخرى، وذلك إذا

---

(١) تقدم ص/١٣٨، حاشية (٢).

زَوَّجه أَمَتَه على أَنْ يزوِّجه أَمَتَه.فهذا إنما هو فسادٌ في البَدَل فلا يَفْسُدُ العقدُ مِن أجله.كما لو تزوَّجها على خَمْرٍ أو خِنْزير. ونحن إذا أَجَزْنَا نكاحَها بمهرِ المِثْل.فلم يجن الشِّغَار.لأن النكاح بمهر المثل ليس بشِغَار.

فإن قيل:فقد أجزتَ عقداً غير ماتعاقَدَاه.

قيل له:كما إذا عَقَدَ على نكاحٍ بخَمْرٍ أو خِنزيرٍ أجزنا عليهما عقداً بمهر المثل،وهو غير ما تعاقَدَا عليه.وكما إذا عَقَدَا بغيرِ مهر، أَجَزْنَاه بالمهر.

والأظهر مِن معنى الشغار، أن يكون نكاحاً عاريَاً من المهر، كما يُقال:بلدٌ شَاغِر،إذا كان فارغاً من الجُنْد.(١)

فإن قيل:لايُشْبِهُ النكاحُ بالخَمْر أو الخنزير الشِّغَارَ.لأنه جَعَلَ في الشِّغَار بُضْعَ كلٍّ واحدةٍ مهراً للأخرى،وقد أبطلناه أن يكون مهراً.فلا يصح عقدٌ قد أبطلناه مِن أن يكون معقوداً عليه.عقداً صحيحاً.

قيل له:إنما أخرجنا البُضْعَ مِن أن يكون مهراً،ولم نُخْرِجه مِن أن يكون بعقد النكاح.كما قلنا جميعاً إذا تزوَّجها على خَمْرٍ(٢) أنه قد جَعَلَ البُضْعَ بدلاً من الخمر.فنخرجه مِن كونه بدلاً من الخمر، ولا نخرجه مِن كونه معقوداً عليه عقداً صحيحاً.لابَدَلاً مِن الخمر.

وعلى أن الشافعيَّ رضي الله عنه قد قال:إنه لو زوَّجه أختَه على ألفِ درهم.على أَنْ يزوِّجه أختَه،جاز النكاح،وكان لها مهر المثل.(٣) فقد أخرجنا البُضْعَ مِن أَنْ يكون بدلاً لبُضْع الأخرى،ولم نُبْطِلْه أن يكون معقوداً عليه في نفسه عقداً صحيحاً.

وهذه المسألة تنقض عليه سائرَ ما يَحْتَجُّ به في إفساد النكاح المعقود عليه بشِغَار.

فإن قيل:قد قلتُم في العبد إذا أَذِنَ له مولاه في تزوُّج حُرَّةٍ

---

(١) القاموس المحيط (شغر).
(٢) الاشراف لابن المنذر ص/٥٢.
(٣) لم أهتد إلى هذا النص بعينه من كلام الإمام الشافعي رحمه الله.لكن في الأم ١٥٩/٥ ما يفيد أنه لو لم يسم مهراً،صح العقد،وثبت لها مهر المثل.

على رقبته، فتزوّجها، أنّ النكاحَ فاسد، وهذا فساد في البَدَل، أفسدتُم مِن أجْلِه النكاح. فالشغار مثله، وإن كان الفساد في البدل.

قيل له: لم يفسد النكاح لأجل فساد البدل، لأن البدلَ هو رقبة العبد، ممايصح تمليكه، ويجوز أن يكون بدلاً للبُضْع، ومِن أجل أنها بدل صحيح، فَسَدَ العقد فيه، لأنه حين دخلَ في العقد، وصاربدلاً، أوجب أن تملكه المرأة بعقد النكاح، ولايصحّ للمرأة بقاء النكاح مع حصول تملّكها في رقبة الزوج، فامتنع مِن هاهنا جواز العقد مِن أجل صحة البدل، لا مِن أجل فساده، وليس ذلك من الشّغار في شيء.

فصل: [جواز عقد النكاح بشرطِ عَدَمِ المهر]

والدليل على جوازِ عقد النكاح وإن شَرَطَ أنْ لا مهرَ لها، وَيَجِبُ لها مهرُ المثل قولُ الله تعالى{لاجُنَاحَ عليكم إنْ طَلَّقْتُمُ النساءَ مالَمْ تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لهنَّ فَرِيضَةً ومَتّعُوهُن}(١). فحَكَمَ بصحة الطلاق في عقدٍ لم يسمَّ فيه مهراً، والطلاق لايقع إلا في نكاحٍ صحيح، فثَبَتَ بذلك جواز عقدِ النكاح مع عَدَمِ تسميةِ المهر.

فإن قيل: إنما دلّت الآيةُ على جوازه إذا سَكَتَ عن التسمية، فمَا الدليلُ على جوازه إذا شَرَطَ أنْ لا مَهْرَ لها؟

قيل له: الآية منتظِمَةٌ للأمرَيْن، لأن شَرْطَه أنْ لا مهرَ لها، لايُخْرِجُه مِنْ أَنْ يكون عقداً لم يُسَمَّ فيه مهراً، وقد حَكَمَت الآيةُ بجوازه، فمَن خصَّ منها حالاً دون حالٍ، لم يَثْبُتْ له ذلك إلا بإقامة الدليل. وإذا جاز مع شَرْطِ أنْ لا مهرَ لها، جاز إذا جَعَلَ البدل خَمْراً أو خنزيراً، إذ كان لها مهر المثل، لأنه قد صحَّ أن الشروط لاتفسِدُه.

وأيضاً فإن فسادَ البدل ليس بأكثر مِن عَدَمِه، فإذا كان عدم التسمية لا يقدَحُ في العقد، ففساده كذلك.

ومما يدلّ على أنّ عقدَ النكاح لا تُفْسِدُه الشروط، أنه يصح على بَدَلٍ مجهول، /وهو مهر المثل، وكلُّ عقدٍ صحيح مع جهالة البدل، فإن الشروط لاتفسده، ألا ترى أن العَتاق، والصلحَ من دم العمد، /١٩٤

---

(١) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣٦.

ونحوهما من العقود التي تصح مع جهالة الأبدال،لا تُفْسِدُها الشروط.

مسألة: [م]زواج الذمي ذمية على خمرٍ أو خنزير،ثم أسلما]

(وإذا تزوّج الذمي الذمية على خَمرٍ بعينها، أو خِنزيرٍ بعينه ثم أَسْلَمَا، أو أسلمَ أحدُهما قبل القبض،فلا شيء للمرأة غيرها)

وذلك لأن ضمانَ المهر في يد الزوج ضمانٌ بعينه،لايتعلّق بهَلاكه قبل القبض فسادُ العقد،فأشبهَ الغصب،ولو أنَّ ذِمِّياً غَصَبَ ذمِّيّاً خَمْراً أو خنزيراً،ثم أسلَمَا أو أسلمَ أحدُهما،لم يكن له غيرُ العَيْن،كذلك المهر.

(وقال أبو يوسف:لها مهر المثل،سواء كان بعَيْنه أو بغير عَيْنه)،وذلك لأنَّ ما يَحْدُث على العقد قَبْلَ القبض،بمنزلة الموجود في العقد،والدليل عليه، أنه لو اشترى منه خمراً بعينه، أو خِنزيراً بعينه،ثم أسلمَ أحدُهما قَبْلَ القبض،بَطَلَ العقد،وصار كأنه عَقَدَ عليه بعد الإسلام،كذلك حُكْم ما يطرأ على عقد النكاح قبل القبض،بمنزلة ما عَقَدَ عليه في تلك الحال.

(وأما محمد فإنه يسوّي بين ما كان من ذلك بعينه أو بغير عينه أيضا)،وجَعَلَ تعذُّرَ تسليمه بعد الإسلام،بمنزلة موت العبد المهر قبل القبض،فيُرْجَعُ إلى القيمة.

(وقال أبو حنيفة:لو تزوّجها على خمر بغير عينه أو خِنزير بغير عينه،ثم أسلَمَا،فلها في الخِنزير مهر المثل،وفي الخَمْر القيمة)[1]وذلك لأن الثابت كان في ذمته إلى وقت الإسلام،هو الخمر وقد تعذَّرَ تسليمها بعد الإسلام،لأن المسلِمَ لا يجوز له تمليك الخمر،فصار بمنزلة مَنْ غَصَبَ شيئاً له مِثْل،نحو الرُّطَب والعِنَب، فاستهلَكَه،ثم انقطعَ من أيدي الناس، أنَّه يغرَمُ قيمتَه يوم الخصومة على أصله،وكذلك عنده أن الخمر كانت في الذمة إلى أنْ أسلَم،فتعذَّر تسليمها،فنَقَلْنَاها إلى القيمة.

---

(١)في الأصل (مهر)،والتصويب من المختصر ص/١٨١،ويقتضيه السياق أيضا.

وأما الخنزير،فكان القياس فيه كذلك،إلا أنه تَرَكَ القياس وَجَعَلَ فيه مهرَ المثل،وذلك لأن ثبوت الخنزير في الذمة، ليس هو ثبوتاً صحيحاً، ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة بَدْءاً،قُبِلَتْ منه، ولم يُجْبَر على تسليم الخنزير،كمَن تزوَّج منَّا امرأةً على شاة بغير عَيْنِها،فله أن يعطيَها القيمة،فلمَّا لم يكن ثبوت الخنزير في الذمة ثبوتاً صحيحاً،ثم طَرَأَ الإسلام،فأَسْقَطَ التسميةَ،عاد إلى مهر المثل.(١)

وأيضا فلو أَوْجَبْنَا القيمة،لأَوْجَبْنَاها بالعقد،والعقدُ يوجبُ مهرَ المثل،مالم يكن فيه تسمية صحيحة،فإذا اجتمع في العقد قيمةُ الخنزير،ومهرُ المثل،كان مهر المثل أولى بالثبات،إذ كان مهر المثل دَيْناً صحيحاً،وقيمة الخنزير ليست بدَيْن صحيح، ألا ترى أنَّ له أن يعدِل عن الخنزير إلى القيمة،فكان ثبوت مهر المثل، أولى،وبالله التوفيق.

مسألة: [حكم نكاح المُتْعَة]

قال أبو جعفر:(ونكاح المُتْعَة غيرُ جائز،وهو أن يتزوَّج الرجلُ المرأةَ وَقْتاً معلوماً)

قال أحمد:المُتْعَةُ المتَّفَقُ عليها أن يقول:أُعطيكِ كذا على أَنْ أَتَمَتَّعَ فيكِ يوماً، أونحو ذلك،وهذا لاخِلاف بين الفقهاء في فِساده.(٢)

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم النَّهي عنها في أخبارٍ مستَفِيْضَةٍ شائعة،وأنّه حَرَّمَها بعدَ ما كان أَبَاحَها.(٣)

ويدلُّ على تحريمها قولُ الله تعالى {والَّذِيْنَ هُمْ لِفُرُوجِهِم حافظونَ إلا على أزواجِهِم أو ماملَكَتْ أيمانُهم}(٤)فحظَرَ الوطء إلا مِن أحدِ الوجهَيْن،والمُتْعَةُ خارجةٌ عنهما.

فإن قيل:قد صَحَّتْ إباحتُها عن النبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) في الأصل (الخمر).
(٢) المغني ٧/٥٧١، القوانين الفقهية ص/١٤٠.
(٣) صحيح البخاري، النكاح، باب نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة آخرا ٩/١٦٦، صحيح مسلم، النكاح، باب نكاح المتعة، وبيان أنه أبيح ثم نسخ ثم أبيح ثم نسخ، واستقر تحريمه الى يوم القيامة ٢/١٠٢٢-١٠٢٨.
(٤) من سورة المؤمنون، آية رقم/٥-٦.

بالاتّفاق، والحَظْرُ بعد الإباحة مختَلَف فيه، فلا يثبت باتّفاق.

قيل له: هذه قَضيّةٌ فاسِدَة، لأنها توجب أنْ لا يَثْبُتَ شيءٌ من الأحكام، إلا مِن طريق الاتّفاق، وهذا فاسد عند الجميع، وأيضاً لم تثبت الإباحة إلا مِن حيث يَثْبُتُ الحَظر، لأنّ كلّ خَبرٍ وَرَدَ في إباحتها، ففيه ذِكْر حَظْرِها بعد الإباحة، فإن لم يثبت الحَظْر، لم تثبت الإباحة.

فإن قيل: قال الله تعالى{فَمَا اسْتَمْتَعْتُم به مِنْهُنَّ فآتُوهُنَّ أجورَهُنَّ إلى أَجَلٍ مُسَمّى}(١)

قيل له: هو شاذ(٢) لم يثبت عندنا، ولو ثَبَتَ كان التأجيلُ مذكوراً للبدل، أخبرَ أنَّ عقدَ النكاح جائز على مهر مؤجَّل، وأنه متى حَلَّ الأجلُ لَزِمَه تسليمُه.

وأما إذا قال: أتزوَّجُكِ عَشَرَة أيَّام، فإن زُفَرَ بنَ الهُذَيل يقول: هذا نكاح جائز، والشَّرْطُ باطِل، وقال سائرُ أصحابنا هو فاسد، وهي مُتعةٌ مِن قِبَل أنه جَعَلَ النكاح مؤقَّتاً، والمتعة كذا هي نكاح مؤقت.

وأيضاً فإنه إذا عَقَدَ على عشرة أيام، لم يَخْلُ مِن أَنْ يملِكَ بُضْعَها على التأبيد، ويبطُلَ التوقيت، أو يملك بُضْعَها ملكاً مؤقَّتاً يرتفع بمضيِّ الوقت.

فالأول فاسد، لأنه إذا عَقَدَ على عشرة أيام، لم يجز أَنْ يملِكَ بُضْعَها بعد المدة، كما أنه إذا عَقَدَ عَقْدَ إجارةٍ/على نفسه عشرة /١٩٥
أيام، لم يكن على مابعد العشرة عقد، وكما لو قال اشتريتُ منكَ قَفِيْزَاً من هذه الصُّبْرة، كان المعقود منها هو القَفيز، وماعداه غير داخل في العقد.

وكذلك النكاح المؤقت يقتضي توقيتُه أن لا يكون هناك عقد على مابعد المدة، ولا جائز أن يستبيحَ وطأها فيها، وإن جَعَلْنا

---

(١) هكذا في الأصل وقد جاءت هذه الرواية الشاذة عند عبد الرزاق في مصنفه ٤٩٨/٧، سنن البيهقي ٢٠٥/٧-٢٠٦ بلفظ"فما استمتعتم به منهن -الى أجل مسمى- فآتوهن أجورهن"وهي هكذا أنسب والله أعلم. والآية من سورة النساء، آية رقم/٢٤.
(٢) جامع البيان للطبري ١٣/٥.

النكاحَ مؤقَّتاً كان متعة.

ويدل على ذلك أن عقدَ النكاح بمنزلة عقدِ تمليكِ الأعيان في جَوازه غير موقَّت، وهو مفارِق للعقد على المنافع، إذ لا يصح إلا مؤقَّتاً، وهو الإجارات.

ولمَّا كان كذلك، وَوَجَدْنَا تمليكَ عقود الأعيان يُبْطِلُها التوقيت نحو أَنْ يقول: قد بِعتُكَ هذا العبدَ عشرةَ أيام، وَجَبَ أن يكون النكاح مثله.

فإن قال قائل: قوله تزوَّجْتُكِ، عقد صحيح، وذِكْرُ العشرة الأيام إنما هو شرط يَلْحَقُ به، والشروط الفاسدة لاتَقْدَح في عقد النكاح.

قيل له: قد بيَّنَّا أن التوقيت فيه يقضي وقوع العقد على المدَّة، وليس هو بمنزلة قوله تزوَّجْتُكِ على أَنْ أطلِّقَكِ بعد عشرة أيام، فيجوز النكاح، ويبطُل الشرط، لأنَّ هذا عقدٌ واقع على التأبيد، وشَرَطَ قَطْعَه بالطلاق، فلذلك صحَّ العقد.

مسألة: [حكم نكاح المُحْرِم]

قال: (ولا بأسَ بنكاح المُحْرِم، ولا يَطَأ).

وذلك لقول الله تعالى {وأُحِلَّ لكُم ما وَرَاءَ ذلِكُم}(١)، وقوله {فانْكِحُوا ما طابَ لكُمْ مِنَ النساء}(٢)، وقوله تعالى {وأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُم}(٣)، وقال {فإذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فلا جُنَاح عليكُم فيما فَعَلْنَ في أَنْفُسِهِن}(٤)، وقال {حتَّى تَنْكِحَ زوجاً غيرَه فإن طلَّقَها فلا جُنَاح عليهما أن يَتَرَاجَعَا}(٥).

وعمومُ هذه الآيات يقتضي جوازَ نِكَاح المُحْرِم.

ومِن جهة السُّنَّة ما رواه سفيان عن عَمْرو بن دينار قال أخبرَني أبو الشَّعْثَاء جابر بن زيد قال "سمعتُ ابنَ عباس يقول: تزوَّجَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم وهو مُحْرِم، قال عمرو(٦): فقلتُ لجابر بن زيد: مَن تراها يا أبا الشَّعْثَاء؟ قال: مَيْمُونة بنت

---

(١)(٢) من سورة النساء، آية رقم/٢٤، ورقم/٣ على الترتيب.
(٣) من سورة النور، آية رقم/٣٢.
(٤)(٥) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣٤، ورقم/٢٣٠ على الترتيب.
(٦) في الأصل (عمر).

الحارث.فقال له: إنَّ ابنَ شِهَاب أخبرني عن يزيد بن الأَصَمّ (1) أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم تزوَّجَ ميمونةَ وهو حَلال.فقال لي جابر بن زيد، إنها خالةُ ابنِ عباس.وهو أعلمُ بها.فقلتُ له: وهي خالة يزيد بن الأصم.فقال لي:وأينَ تجعلُ يزيدَ بن الأصم أعرابياً يبول على عَقِبَيْه.إلى ابن عباس" (٢)

فإن قيل:قد روى يزيد بن الأصم (٣) أنه تزوَّجها وهو حَلال (٤).فكيف جعلتَ حديثَ ابنِ عباس أولى.

قيل له: من وجوه، أحدها: أن يزيدَ بن الأصم لا يُقْرب إلى ابن عباس.ولا يوازَنُ به.كما قال جابر بن زيد.

والثاني: أنَّ مَن أَخْبَرَ أنه تزوَّجها وهو حلال.إنما أخبر عن ظاهر ماكان عِلمه مِن حاله بَدْءاً.ولم يعلَم بحدوث الإحرام.ومَن قال تزوَّجها وهو حَرَام.عَلِمَ حدوثَ الإحرام.فكان أولى.ولم يقضِ عليه جهلُ مَن جَهِلَ حدوثَ إحرامه.

وأيضاً فإن رواية مَن روى أنه تزوَّجها وهو حلال.لايفيد حُكْماً. ورواية مَن روى أنهتزوَّجها وهو مُحْرِم.قد أفاد حُكماً.وأثبتَ فائدةً.فكان أولى بالقبول.

فإن قيل:قد روي في بعض أخبار يزيد بن الأصم عن ميمونة أنها قالت:تزوَّجَني رسولُ الله صلى الله عليه وسلم بِسَرِف (٥).ونحن حَلالان (٦).

قيل له: لا فَرْقَ بين رواية ميمونة وغيرها.لأنه يجوز أنْ يكون لم تعلَم بحدوث إحرامه قبل ذلك (٧).

---

(١) في الأصل (زيد).والتصويب من كتب السنن.
(٢) صحيح البخاري.المغازي.باب عمرة القضاء ٥٠٩/٧.النكاح.باب نكاح المحرم ١٦٥/٩.صحيح مسلم.النكاح.باب تحريم نكاح المحرم ١٠٣١/٢-١٠٣٢.أما القسم الأخير من الحديث"وأين تجعل يزيد ..."فهي رواية الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٦٩/٢.
(٣) صحيح مسلم ١٠٣٢/٢.
(٤) في الأصل (قال).
(٥) موضع على ستة أميال من مكة.كما في معجم البلدان ٢١٢/٣.
(٦) صحيح مسلم.النكاح.باب تحريم نكاح المحرم ١٠٣٢/٢.سنن أبي داود.المناسك.باب المحرم يتزوج ٤٢٣/٢.
(٧) وقد جاء في صحيح البخاري.المغازي.باب عمرة القضاء ٥٠٩/٧ عن ابن عباس رضي الله عنهما قال:"تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم.وبنى بها وهو حلال.وماتت بسرف".

فإن قيل: "روى نُبَيْه بن وَهْب عن أَبَان بن عثمان بن عفَّان قال: لا يَنْكِحُ الحَرَامُ ولا يُنْكَح، ولا يَخْطُب"(١).

قيل له: حقيقةُ النكاح في اللغة هو الوطء، فهي محمول عليه، كأنَّه قال: لايطأ، ولا يُوطَأ، يعني لا يُمَكِّن من الوطء.

ومِن جهة النظر: إن الإحرام معنًى عارض في معنى الوطء، فأشبهَ النِّفَاس والحَيْض، يمنعان الوطء، ولا يمنعان العقد، وأيضاً كما جازَ له أن يراجِعَ امرأتَه وهو مُحْرِم، جاز له أن يتزوَّج، والعلَّة الجامعة بينهما أن الرَّجْعَة لاستباحة الوطء كالعقد.

فإن قيل: لمَّا كان ممنوعاً(٢) من الاستمتاع، مَنَعَ العقد، كذواتِ المحارم.

قيل له: الأجنبيُّ ممنوع من الاستمتاع بالأجنبية، ولا يمنَعُ العقدَ عليها.

وأيضاً المُحْرِم ممنوع من الاستمتاع بالطِّيْب، ولايمنع العقدَ عليه في حال الإحرام، والصومُ والصلاةُ يمنعان الاستمتاع، ولايمنعان العقد، لو زوَّجها وكيلُه وهو في الصلاة، جاز.

فإن قيل: لمَّا كان ممنوعاً مِن الطِّيب، وَجَبَ أن يمنعَ العقد، كالمعتَدَّة لمَّا كانت ممنوعةً مِن الطيب، مُنِعَتْ عقدَ النكاح.

/١٩٦ قيل له: هذه عِلَّة منتَقِضة، لان المعتَدَّة مِن تطليقةٍ ثانية/ ممنوعةٌ من الطِّيْب، ويجوز لها أن تعقدَ على نفسها عقدَ نكاح لزوجها الذي طلَّقَها مع كونها ممنوعةً مِن الطيب، يدلُّ على فساد اعتلالك.

مسألة: [حكم النكاح إذا كان بأحد الزوجين عيب]

(ولا يُفسَخُ النكاحُ بعيبٍ في المرأة في قول أصحابنا جميعاً)(٣) وروي نحوه عن علي رضي الله عنه، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: يُرَدُّ مِن أربع(٤):

---

(١) صحيح مسلم ١٠٣٠/٢ بلفظ (لا ينكح المحرم).
(٢) أي المحرم.
(٣) المحلى ١١٠/١٠، الجوهر النقي ٢١٥/٧، وقد روي عنه وعن عمر رضي الله عنهما غير ذلك كما في المحلى.
(٤) سنن البيهقي ٢١٥/٧، المحلى ١٠٩/١٠-١١٠.

الجُنون والجُذام[1] والبَرَص[2] والرَّتَق[3] فيما أحسب.

والحجة لقولنا أنَّ المعقودَ عليه مِن جهة المرأة هو التسليم، وهو موجودٌ مع هذه العيوب، والدليل على صحة ذلك جواز نكاح المجبوب، مع عدم الوطء رأساً.

وفسادُ نكاحِ ذواتِ المَحَارم، لأجل عدم التسليم، فلمَّا كان التسليم موجوداً مِن جهتها مع العيوب التي ذكرناها، لم يكن له خيارُ فسخِ العقد مع وجود ماتعلَّقت به صحة العقد.

وأيضاً قد اتفقوا على أنها[4] لا تردّ مِن الشَمَط[5]، والبَخَر[6] ونحوهما، فكذلك ماوصفنا.

وأما إذا كان ذلك بالرجل، فلا خيار لها أيضاً، إلا فيما يمنع الوطء، مثل العُنَّة والجَبّ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: إذا كان به دَاءٌ لا يمكنها المُقَام معه، مثل الجُذَام ونحوه، خُيِّرت.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أنَّ المعنى المستَحَقّ من جهة الرجل، هو تصحيح المهر لها، وهو موجود بوطئِه إيَّاها، ولا اعتبار بسائر العيوب معه، وذلك لأن البَرَصَ والجُذَام ونحوهما إنما هو شيء تكرهه النَّفْس، ويَنْفِر منه الطبع، كما تَكْرَهُه إذا كان قبيحَ المَنْظَر، سَيِّءَ الصورة، ومع ذلك لا يجب به خيار في فسخ العقد مِن أجل ذلك.

قال أحمد: وليس وجوبُ خيارِ امرأةِ العِنِّيْن والمَجْبُوب متعلّقاً بعدم الوطء، وإنما وَجَبَ لأن عقدَ النكاح يقتضي تسليمَ كلِّ واحدٍ

---

(١) الجذام هو تشقق الجلد، وتقطع اللحم وتساقطه، كما في المغرب ١٣٧/١ نسأل الله تعالى العافية.
(٢) البرص: هو البياض في ظاهر الجلد. المغرب ٤٧/٢.
(٣) امرأة رتقاء: اذا لم يكن لها خَرْق إلا المَبَال، كما في المغرب ٣٢٠/١.
(٤) لكن في بداية المجتهد ٥١/٢، والمغني ٥٨٢/٧ خلاف في البَخَر.
(٥) الشمط بفتحتين، بياض شعر الرأس، يخالط سواده، كما في مختار الصحاح (شمط).
(٦) البخر بفتحتين، نتن الفم، مختار الصحاح (بخر).

مِن البَدَلَيْن اللَّذَيْن تناولَهُما عقدُ النكاح الذي وَقَعَ له،فكمَا استحقَّ الزوجُ عليها أن تسلِّم نفسَها تسليماً صحيحاً،استحَقَّت هي عليه تصحيحَ البدل لها،وهو المهر،وهي لا تستحقه استحقاقاً صحيحاً إلا بالوطء،لأن الخَلْوةَ وإن كانت عندنا تمنع سقوطَ شيءٍ منه بالطلاق بعدَها،فإن مِنَ النَّاس مَن لا يرى استحقاق كمالِ المهر بالخلوة إذا وُجِدَ الطلاق بعدها،فلا بأس أن ترفعَ إلى قاضٍ لا يرى استحقاق المهر بالخَلوة،فلا يوجب لها كمال المهر. فلمَّا كان كذلك وَجَبَ لها الخيار في فسخ العقد،إذْ لم يسلِّم لها بَدَلَ ماتعلَّقت به صحَّة العقد مِن جهتها.

والدليل على صحة ماقلنا أنه لو وَطِئَها مرةً،ثم جُبَّ لم يكن لها خيار فسخ العقد.

مسألة: [أثَرُ قَتْلِ الحُرَّة نفسَها قَبْلَ الدخول في إيجاب الصَّداق]

قال: (وإذا قَتَلَتِ الحُرَّةُ نفسَها قبل الدخول،فالصَّداق كلُّه واجبٌ لوَرَثَتِها)وذلك لأنها في حالٍ ما صارت مانعةً من البُضْع بالموت،كان المهر لغيرها،وهم الورثة،فصارَ قتلُها نفسَها،وقتلُ أجنبيٍ لها سواء،في أنه لا يَسْقُطُ شيء من مهرها،إذ كان الموت بمنزلة الدخول في استحقاق كمال المهر.

قال: (ولو كانت أَمَةً،فقتَلَها مولاها قبل الدخول،لم يكن لها مهرٌ في قول أبي حنيفة)لأن الذي له المهر،وهو المولى مَنَعَ البُضْعَ،فصار كَرِدَّة المرأة قَبْلَ الدخول،أنه يَسْقطُ مهرُها،وليست كالحُرَّة(١)،لِمَا وصفنا،أنَّ المانعَ مِن البُضْع غيرالذي استحق المهر.

قال أحمد:وقد حَكَى هشامٌ عن محمد عن أبي حنيفة في الأَمَةِ إذا قَتَلَتْ نفسَها،أن مهرَها يَسْقُطُ،ووجه ذلك أن جنايتَها تلزم المولى في باب استحقاق رقبتها لها،لو كانت على أجنبي،فلم يختَلِف مِن أجل ذلك قتلُها نفسَها،وقتلُ مولاها إيَّاها.

وأما في قول أبي يوسف ومحمد فالمهرُ في الأَمَة للمولى،لأن الموت على أيِّ وجهٍ وُجِدَ،كان بمنزلة الدخول.

---

(١) في الأصل (كالحر).

مسألة: [أثرُ عِتق الأمَة في خيار فسخ النكاح سواء كان زوجها حُرّاً أم عَبْداً]

قال:(وإذا أُعْتِقَت الأَمَةُ،ولها زوج،فلها الخيار في فسخ النكاح،حُرّاً كانَ زوجُها أو عبداً)،وذلك لما حدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا محمد بن كثير قال حدثنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن"عائشة أن زوجَ بَرِيْرَة كان حُرّاً حين أُعْتِقَت،فخَيَّرها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم"(١).

وروى عبّاد بن العَوّام قال حدثنا سعيد عن أبي مَعْشَر عن إبراهيم عن الأسود قال سألتُ عائشةَ عن زوجِ بُرَيرَة فقالت:كان حُرّاً(٢).

فإن قيل"روى عكرمة/عن ابن عباس أن زوجَ بريرة كان عَبْداً"(٣) /١٩٧

"وروى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن زوجَ بريرة كان عبداً، ولو كان حُرّاً لما خَيَّرها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم"(٤).

قيل له:لم تختلف الرواية أن زوجَ بريرة كان عَبْداً في وقتٍ، وإنما يُحْتَاج إلى معرفة حالِه عندَ عِتقِ بُرَيْرَة،ففي أخبارنا تاريخُ حُرِّيَّةِ زوجِ بريرة،وليس في خَبَرِهم ذكرُ تاريخها،فكان خبرُنا أولى،لأن مَن قال كان عبداً،إنما أخبرَ عمّا كانت عليه حالُه بَدْءاً،ومَن قال كان حُرّاً حين أُعْتِقَت،فقد وَقَّت،فهو أولى.

وأيضا لو تساوَى الخَبَرَانِ في الاحتمال،كان خبرُ الحُرِّيَّة أولى، مِن قِبَلِ أن المُخْبِر بالحرية،أخبرَ عن حالٍ عَلِمَ حدوثَها بعد الرِّق،ومَن أخبرَ بالرِّقّ،فإنما أخبرَ عمّا عَهِدَه مِن حاله بَدْءاً،ولم يعلَم حدوثَ الحرّية،فلا يقضي على خبرِ مَن عَلِمَ حدوثَها،ألا ترى أن شاهدَيْن لو شَهِدَا أن هذا عبدُ زيدٍ،وشَهِدَ آخَرَان أن زيداً أَعْتَقَه، أنَّ شهادة العِتق أولى.

---

(١) سنن أبي داود،الطلاق،باب من قال كان حرا٢/٦٧٢ وسكت عنه، سنن الترمذي،الرضاع،باب ماجاء في المرأة تعتق ولها زوج ٣/٤٦١ وقال حسن صحيح،سنن النسائي،الطلاق،باب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ٦/١٦٣.

(٢) رواه النسائي في كتاب الكنى،كما في نصب الراية ٣/٢٠٥.

(٣) صحيح البخاري،الطلاق،باب خيار الأمة تحت العبد ٩/٤٠٦.

(٤) صحيح مسلم،العتق،باب انما الولاء لمن أعتق ٢/١١٤٢.

وأمـا ماروي في خَبرِ عُروة عن عائشة أن زوجَ بريرة كان عبداً فلا ينـافي خبرَ الأسودِ عنها، لأن الأسودَ أخبرَ عن تاريخ الحرّية، وعروة أخبرَ عن عُبُودَةٍ متقدّمَةٍ للحرّية، فلا يتعارضان.

وأمـا قـوله: "ولو كان حُرّاً ماخَيَّرَها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم" فإنّا لا ندري مَن القائلُ لذلك، ويجوز أن يكون قائلُه عروة أو مَنْ دونه، إذ ليس في اللفظ دلالة على أنه مِن قول عائشة، إذ قد وَجَدْنَا الرواةَ يُسْنِدُون الحديثَ إلى غيرهم، ثم يَقْطَعُون عليه كلامَهم، ويُدْرِجُونَه في الخَبَر، فإذاً لم يثبت أنّ قولَه: "ولو كان حُرّاً ماخَيَّرَها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم" مِن قول عائشة.[1]

وعلى أنّه لو ثَبَتَ ذلك عن عائشة لم ينـافِ[2] ماقلنا، إذ لا يمتنع أَنْ تكون عائشة قد كانت عَلِمَتْ رِقَّ زوج بريرة، فأَخْبَرَتْ بذلك عمّا كانت عَلِمَتْه، وكان عندها أن المعنى الموجِب لخيارها عند العتق كون زوجها عبداً، ثم ثَبَتَ عندها أنه كان قد أُعْتِقَ قبلَ ذلك، فأخبرت عن صِحّة علمِها بحدوث حريته قبل عتق بريرة، وليس يَسُوغ [ردّ][3] مثل هذا التأويل لمخالفنا، لأن الحرّيّة الثابتة لا يَطْرَأ عليها رِقٌّ في دار الإسلام، وتطرأ الحرّيّة على الرِّق.[4]

فإن قيل: "روى القاسم بن محمد عن عائشة رضي الله عنها أن بَرِيْرَةَ كانت تحتَ عبدٍ، فلما أُعْتِقَت، قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: إن شئتِ تَمْكُثِينَ تحت هذا العبد، وإن شئتِ فارقِيه".[5]

فأخبَرَتْ عائشة أنها كانت تحت عبدٍ، ثم أخبرَتْ أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال لها بعد عِتقها: إن شئتِ تَمْكُثِين تحتَ هذا

---

(١) كما صرح النسائي ١٦٥/٦ في رواية أنه كان عبدا، وقد بين الزيلعي في نصب الراية ٢٠٧/٣ أنه من كلام عروة قطعا.
(٢) في الأصل (ينافي).
(٣) ساقطة من الأصل، ويقتضيها المعنى، والله أعلم.
(٤) في الأصل (ويطرأ الرق على الحرية)، وهي سبق قلم والله أعلم، والتصويب يقتضيه السياق، وقد جاء النص صحيحا في اعتراض أورده الماوردي في الحاوي (رسالة دكتوراه، كتاب النكاح) ١٣٠٢/٤، وقريب منه في شرح معاني الآثار ٨٣/٣.
(٥) سنن البيهقي ٢٢٠/٧، وبين ابن التركماني في الجوهر النقي أن أحد رواته ضعيف.

العبد ،فسمّاه عبداً بعد عتقها،وهذا القول من النبي صلى الله عليه وسلم لم يعارضه شيء،فهو أولى من جميع ماروي فيه من حريته عند عتقها،إذ ليس في جميع مارويتموه لفظٌ من النبي صلى الله عليه وسلم يوجب أن يكون حراً في وقت عتقها.

قيل له: أما قولُ عائشة أنها كانت تحت عبدٍ،فليس فيه دلالةٌ على موضع الخلاف بيننا،لأنّا نقول إنها قد كانت تحتَ عَبْدٍ، والخلاف في وقت وقوع عتقها.

وقد رواه الأسود على الوجه الذي ذكرنا بحيث لايحتمل تأويلاً.

وأما قولُ النبي صلى الله عليه وسلم:إن شئتِ تَمْكُثِين تحتَ العبد،فإنما هو"كأمْره صلى الله عليه وسلم بلالاً حين أذَّن قَبْلَ طلوعِ الفجر،يَرْجِعُ فينادي:ألَا إنَّ العبدَ نام"(١)وقد كان بلالٌ حراً في ذلك الوقت،وكما "قال عليٌّ عليه السلام لشُرَيْح:ماتقولُ أيُّها العبدُ الأبْظَر في قَضِيَّة قَضَيْ بها"(٢).وشريح كان حُرَّاً في ذلك الوقت وإنما سمّاه بذلك،لأنه قد كان جَرَى عليه رِقٌّ في الجاهلية.

وكما قال الله تعالى{وآتوا اليَتَامى أموالَهم}(٣)،ولا يؤتونها في حال اليُتْم،وسمّاهم يَتَامى لقُرْبِ عهدهم باليُتْم.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم "اليَتِيْمة تُسْتَأمَرُ في نفسها"(٤).ومعلوم أنها لا تُسْتَأمَرُ وهي صغيرة،فعلى هذا المعنى أجْرَى النبيُّ صلى الله عليه وسلم لفظَ العبودية على زوج بَرِيْرَة إن صحَّ الخبر.

وأيضاً لو صحَّ أنه كان عبداً حين أُعْتِقَت،كانت دلالةٌ قائمة على وجوبِ الخيار إذا أُعْتِقَتْ وهو حُرٌّ،لأن ذلك حُكْمٌ وَقَعَ في شخصٍ بحدوثِ معنى،وهو العِتق،وهو موجود مع كون الزوج حُرَّاً(٥)،فالواجب أن لا يختلفا حتى تقوم الدلالة على أن هناك معنى آخر،وهو شرط مع العتق في إيجاب الخيار،لأن كلَّ حُكْمٍ حَكَمَ به النبيُّ صلى الله

---

(١) تقدم ص/٦٢٨،حاشية (٣).
(٢) تقدم ص/٦٢٨،حاشية (٤).
(٣) من سورة النساء،آية رقم/٢.
(٤) تقدم ص/٦١٥،حاشية (٤).
(٥) أي أنه كان عبداً قبل حريته،والله أعلم.

عليه وسلم في شخصٍ بحدوث معنى، فكذلك الحُكْمُ لازم في سائر /الأشخاص، إلا أن تقومَ الدلالة على وجوب الاقتصار به على بعضٍ /١٩٨ دون بعض.

ألا ترى "أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم لَمَّا حَكَمَ في فَأرَةٍ ماتَتْ في سَمْنٍ، إنْ كان مائعاً بالإراقة، وإن كان جامداً بإلقائها وماحَوْلَها"(١). علَّقْنَا به حُكْمَ الزيت إذا ماتَ فيه عُصْفُور، وأنه لَمَّا "حَكَمَ في ماعِزٍ بالرَّجْم حين زَنَى وهو مُحْصَن"(٢). كان ذلك حُكْماً لازماً في غيره إذا وُجِدَ فيه مثل ذلك.

وأيضا فلمَّا ثبت لها(٣) إذْ أُعْتِقَتْ، وزَوْجُها عَبْد، كذلك حُكْمُها إذا كان زوجُها حراً، والعلَّة الجامعة بينهما، أنها أُعْتِقَتْ وهي تحتَ زوجٍ.

فإن قيل: المعنى في العبد أنه غير كفؤ.

قيل له: لايعارِضُ ذلك اعتلالَنا، لأنك تصيِّره لإيجاب الخيار، وكذلك اعتلالنا، فكيف يتعارضان وهما يوجبان حُكْماً واحداً؟ لأن اعتلالنا أعمُّ في إيجاب الحكم، ولم يَرِدْ عليه مايعارضه، وعلى أن مَن اعتبر الكفاءة فإنما يعتبرها في حال العقد، فلا اعتبار بزوال الكفاءة بعد العقد.

وأيضاً "روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبَرِيرَة حين أُعتِقت: مَلَكتِ بُضعَكِ، فاختاري"(٤)

فجَعَلَ العلة الموجبة لخيارها أنها مَلَكَتْ بُضْعَها، وهي موجودة

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ولكن بدون تفصيل بين المائع والجامد، بلفظ "فقال: ألقوها، وماحولها فاطرحوه، وكلوا سمنكم" كما في كتاب الوضوء، باب مايقع من النجاسات في السمن والماء ٣٤٣/١، لكن التفصيل بين الجامد والمائع رواه أبو داود في سننه، الأصعمة، باب في الفأرة تقع في السمن ١٨١/١، وفي سنن الترمذي ٢٥٧/٤؟ وقال: حديث غير محفوظ، ونقل عن شيخه الامام البخاري تخطئة هذه الرواية، ومثله في فتح الباري ٣٤٤/١، وقد رواه ابن حبان في صحيحه (موارد الظمآن) ص/٣٣١(١٣٦٤).

(٢) صحيح البخاري، الحدود، باب هل يقول الامام للمقر: لعلك لمست أو غمزت؟ ١٣٥/١٢.

(٣) أي ثبت لها الخيار. والله أعلم.

(٤) سنن الدار قطني ٢٩٠/٣، طبقات ابن سعد ٢٥٩/٨؟ قال ابن حجر في الدراية ٦٤/٢ عن طريق ابن سعد انه من مرسل الشعبي، وأن الدار قطني وصله، ومثله في التلخيص الحبير ١٧٧/٣-١٧٨، وينظر ص/٦٨٧، حاشية (١).

في حال كون زوجها حراً،وكلّ علةٍ عارضوا بها هذه العلّة فهي ساقطة،وعلّتنا أولى،لأنها منصوص عليها،واعتلالُهم مستنبط،ولا يعارَضُ النصّ بالاستنباط.

وأيضاً إنها لمّا لم تملِكْ بَدَلَ بُضْعِها بعقد النكاح،وَجَبَ أن يكون لها الخيار،كهي إذا كان زوجها عبداً،ألا ترى أن العقدَ لما أوجب للمرأة الوطء مِن جهة الزوج إذا كان مجبوباً،وكان الوطء مِن قِبَلِه معدوماً،أن لها الخيار،كذلك إذا عدمت ملك المهر بالعقد.(١)

فإن قيل:فالمكاتَبَة قد مَلَكَتْ بُضْعَها بالعقد إذا تزوَّجَتْ بإذن المولى،فينبغي أن لايكون لها خيار في فسخ النكاح بعد العتق.

قيل له:إنما علّلْنَا المسألةَ بأنها لم تَمْلِك بدلَ بُضْعِها،فلم تلزم عِلّتها مَن مَلَكَتْ بُضْعَها،إذ لايمتنع أن يتّفِقَ الحُكْمُ مع اختلاف العلّتَيْن.

وأيضاً فإن المكاتَبَة لم تملِكْ بَدَلَ بُضْعِها بعقد النكاح،وإنما مَلَكَتْه بمعنى آخر،وهو عقدُ الكِتَابة،فعلّة إيجاب الخيار موجودة.

فإن قيل:"روى القاسم عن عائشة قالت:كان عندي غلامٌ وجاريةٌ زَوْجٌ،فأرَدْتُ أن أُعْتِقَهُمَا،فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم:ابْدَئِي بالرَّجُلِ قَبْلَ المرأة"(٢)

وهذا يدل على أنه إنما أمَرَها بأن تَبْدَأ بالرَّجُل،لأنه لو بَدَأَتْ(٣) بها،لوجَبَ لها الخيار إذا كان زوجُها عبداً،وإذا بدأَتْ(٣) به،لم يكن له الخيار لأنه حُرٌّ،إذْ لو لم يثبت هذا المعنى،لَمَا كان في أمره بالابتداء بالرَّجُل فائدة.

قيل له:وأيُّ غرضٍ للنبي صلى الله عليه وسلم في التوصّلِ

---

(١) في الأصل (أنه).

(٢) سنن النسائي،الطلاق،باب خيار المملوكين يعتقان ٦/١٦١، سنن الدار قطني ٣/٢٨٨،المستدرك للحاكم ٢/٢٠٦ وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه،وتعقبه الذهبي في التلخيص فقال: عبيد الله هذا اختلف في توثيقه،ولم يخرجاه.اهـ.وقال ابن حزم في المحلى ١٠/١٥٥ خبر لايصح،وأخرجه ابن حبان في صحيحه (موارد الظمآن)ص/٢٩٤(١٢١٠).

(٣) في الأصل (بدأ).

إلى إسقاط خيارها، حتى يُحْمَل معنَى الخبرِ عليه، وعلى أنه لو كان المقصد فيه ماقلتَ، لقال لها: أَعْتِقِيْهما معاً، وكان لايجب لها الخيار على قولك.

فإن قيل: فَمَا الفائدة؟

قيل له: يحتمل أن يكون أرادَ أنَّ فضيلةَ الرَّجُلِ في الابتداء على المرأة، اقتداءً بقول الله تعالى {وللرِّجَال عليهنَّ دَرَجَة}(١).

مسألة: [أثر عتق المكاتَبَة المتزوجة في خيار فسخ النكاح]

قال: (وإذا أُعْتِقَت المكاتَبَة، وقد كان مولاها زوَّجَها بأمرِها في حال كتابتها، فإنَّ لها الخيار في ذلك، كخيار الأَمَة سواء)

وذلك لما بيَّنَّا(٢) مِن أنها مَلَكَتْ بُضْعَها بالعِتق، وإن شئتَ قلتَ، لأنَّ بَدَلَ البُضْعِ لم يحصل لها بعقد النكاح، وإنما حَصَلَ لها بغيره، فكانت كالأَمَة غير المكاتَبَة.

* * * *
* * *

---

(١) من سورة البقرة، آية رقم/٢٢٨.
(٢) في الأصل (بينها).

بـاب أَجَـل الـعِنِّيْن

[أجل العِنِّين]

قـال: (وإذا ادَّعت المـرأةُ أنـها لايَصِلُ إلـيها،وصَدَّقَها الرَّجُل بذلك، وَطَلَبَت الواجبَ لها فيه،فإنه يـؤَجَّل حولاً،فإن وَصَلَ إلـيها،كانت زوجتَه على حالها،وإن لم يَصِلْ إلـيها خُيِّرت بين المُقَام معه، وبين فِراقه).

قـال أحمد:روي تأجيل العِنِّين سنة عن علي عليه السلام،وعمر،(١) والمُغِيْرَة بن شُعْبة،وعامَّة التابعين،وذلك مِن يوم رَافَعَته.(٢)

ويـروى عن الحارث بـن أبـي ربيعة عشرة أشهر،(٣) وروي نحوه عن إبـراهيـم النخعي (٤) ولانعلم خلافاً(٥) عن السلف في تأجيل العنين،وأن عَجْزَه عن الوطء في المدة،يوجب للمرأة الخيار في فِراقه.

وإنما اختلفوا في مقدار مدَّة التأجيل على مابيَّنَّا.

فإن قـال قـائل :"رَوى الزهري عن عروة عن عائشة قالت:جاءت امـرأةُ رِفَـاعة القُـرَظي إلى رسولِ الله صلى الله عليه وسلم/ ١٩٩/ فقـالت يـارسول الله:كنتُ عند رِفاعة القُرَظي،فتزوّجتُ عبدَ الرحمن ابن الزبير،وإنما معه مثل هُدْبَةِ الثَّوْب،(٦) فتبسَّمَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم وقـال:تُرِيْدِيْـن إلى رفاعة؟ لا حتَّى تذوقِي مِن عُسَيْلَتِه،ويذوقَ مِن عُسَيْلَتِكِ"(٧).ورواه مالك عن المِسْور(٨) بن رِفَاعة عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير أن رِفاعةَ بنَ سَمَوْءَل طَلَّقَ امرأتَه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثاً،فنَكَحَها

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٢٥٣/٦-٢٥٤،مصنف ابن أبي شيبة ٢٠٦/٤-٢٠٧،سنن البيهقي ٢٢٦/٧،نصب الراية ٢٥٤/٣.
(٢) في الأصل (واقعته)،والتصويب من كتب السنن.
(٣) مصنف ابن أبي شيبة ٢٠٦/٤.
(٤) لكن في مصنف عبد الرزاق ٢٥٤/٦ عن إبراهيم أنه يؤجل سنة ومثله في البيهقي ٢٢٦/٧.
(٥) المغني لابن قدامة ٦٠٣/٧.
(٦) أي طرف الثوب الذي لم ينسج،مأخوذ من هدب العين،وهو شعر الجفن،وأرادت أن ذكره يشبه الهدبة في الاسترخاء،وعدم الانتشار،كما في فتح الباري ٤٦٥/٩.
(٧) صحيح البخاري،الشهادات،باب شهادة المختبىء ٢٤٩/٥،صحيح مسلم،النكاح،باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها ١٠٥٥/٢.
(٨) في الأصل (المستورد)،والتصويب من الموطأ.

عبدُ الرحمن بنُ الزبير، فاعترضَ عنها، فلم يستطعْ أن يَغْشاها، ففارَقَها، فأراد رِفاعة أنْ يَنْكِحَها، وهو زوجُها الأول، فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم: لا يَحِلُّ لكِ حتى تذوقي العُسَيْلَة" (١)

ولم يؤجِّلِ النبيُّ صلى الله عليه وسلم عبدَ الرحمن بنَ الزبير، ولو كان ذلك حُكْماً لأخْبَرَها النبيُّ صلى الله عليه وسلم بمَا لها مِن الحق في تأجيله، وإثبات الخيار لها عن عَجْزه عن الوصول إليها.

قيل له: أمَّا حديث مالك هذا، ففيه أنه فارَقَها.

وهذا الحديث في سننِ ابنِ قَانع، وقد روى لنَا أنه كان وَصَلَ إليها مرة.

حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا يحيى بن محمد البَخْتَري قال حدثنا هُدْبَة بن خالد قال حدثنا وهب عن هشام عن عروة عن أبيه "عن عائشة أن امرأةَ رِفَاعة جاءتْ إلى النبيِّ صلى الله عليه وسلم، وَذَكَرَ الحديث إلى قوله: فلا تَحِلِّيْنَ له حتى يذوقَ مِن عُسَيْلَتِك، وتذوقي مِن عُسَيْلَتِه، فقالتْ يارسول الله: قد جاء هَنَّة (٢) واحدة.

قال هشام: مرةً واحدة" (٣)

ففي هذا الحديث أنه قد كان وصَلَ إليها مرةً واحدة، وكذلك قولنا فيمَن وصَلَ إلى امرأتِه مرةً واحدة، ثم عَجَزَ عن وطئها أنه لاخيار لها.

قال أحمد: وإنما لم تُخَيَّرِ المرأةُ في بَدْءِ ما تصَادَقَا، أنه لم يَصِلْ إليها، مِن قِبَلِ أنه قد يَعْجِز عن الوصول إليها لعلَّة عارضَة، لالعَيْبٍ في العُضْو، وهذا المعنى لايَعْلَمُه مِن نَفْسِه، وإنما يَعْلَمُه باستبراء حالِه في فُصول السَّنَة الأرْبَعَة، فإن كان لعلَّة

---

(١) موطأ مالك، كتاب النكاح، باب نكاح المحلل ٢/٥٣١.

(٢) "بفتح الهاء، وتخفيف النون، قال ابن التين: معناه: لم يطأني الا مرة واحدة" كما في فتح الباري ٩/٣٧٣ وحكى ابن حجر رواية أخرى فيها أنها بالباء المشددة والمعنى واحد.

(٣) صحيح البخاري، الطلاق، باب من قال لامرأته أنت علي حرام ٩/٣٧١

عَارِضة ،فَتُسْتَرْجَعُ في بعضِ مُدَّةِ الفُصُولِ،[أ]و تَخِفُّ،(١) وإن كان عيباً في العُضْوِ لم ترتَفِع،فلذلك احتَجْنَا فيه إلى التأجيل لاستبراء حالِه على الوصف الذي ذَكَرْنَا .

ولا معنى لاعتبار العَشَرة الأشهر،لأن المعنى إذا كان في التأجيل ماوَصَفْنَا ،لم يتبيَّنْ حالُه إلا بمضيِّ فُصُولِ السَّنَة .

وأيضاً فإنَّا لم نَجِدِ العَشَرة الأشهر يتعلَّقُ فيها حُكْمٌ في الأُصول،وقد يتعلَّق بالحَوْل مثل الزكاة واللُّقَطَة .

فصل: [ليس لزوجةِ العِنِّين خيارٌ إن رَضِيَتْ، وإن فرِّق بينهما كان التفريق تطليقة بائنة]

قال أبو جعفر: (فإن اختارَتِ المُقَام معه ،كانت زوجتُه على حالها ،ولم يكُنْ لها خيارٌ بعدَ ذلك،وإن اختارت فِرَاقَه ،فُرِّقَ بينهما ،وكانت تطليقةً بائِنَة)

وذلك أنَّ عَجْزَه عن الوصول إليها في المُدَّة ،بمنزلة عيبٍ يَجِدُه المشتري بالمَبيع،فيكون له الخيار في فَسْخِ البَيْع فيه ،فإن رضي به،لم يكن له بعد ذلك الردّ،كذلك المرأة إذا اختارت المُقَامَ معه ،ورَضِيَتْ به ،لم يكن لها بعد ذلك أَنْ تفسخَ النكاح.

والمعنى في ثبوت خيارِها هو الفُرقة ، أنها لمَّا مَلَكَ عليها بُضْعَها ،وَجَبَ أن تملِكَ هي المهر،وتستَحِقَّه استحقاقاً صحيحاً ،ولايحصُلُ ذلك لها إلا بالوطء ،لأن مِن الناس مَنْ لايرى إيجاب كمالِ المهر مع الخلوة إذا طَلَّق قَبْل الدخول.

وإنما كانت تطليقةً بائنةً ، أما البينونة فلأنَّا لو جَعَلْنَاها رَجعية ، لكان له أن يراجِعَها ، فيبطلُ حقها في الفرقة ،وقد بَيَّنَّا أن لها حقَّ التفريق.

وإنما كان طلاقاً ،لأن سبَبَها مِن قِبَل الزوج،بمعنى يختصّ بعقد النكاح،لأن ذلك صفة الطلاق.

[ادِّعاء العنين أنه وَصَلَ إليها]

(وان ادَّعى أنه وَصَلَ إليها ،وكانت بِكْراً ،رُجِعَ إلى قول النساء

---

(١) في الأصل(وتخف) .

فيـه)،وذلك لأن كـلّ معنىً لايطّلِعُ عليه الرِّجال كالولادة،تثبُت فيه شهادة النساء،لتعذُّر حصول الرجال.

قال:(فإن قُلْنَ هي بِكْرٌ على حالِها،خُيِّرَت)،لما وَصَفْنا من ثبوت عَجْزه عن الوصول إليها في المدة،وكون العُضْو مَعِيْبَاً بذلك.

قال:(وإنْ كانت ثيِّباً في الأصل،فالقول قولُ الزوج مع يمينه ، أنه قد وَصَلَ إليها في المدة)،لأن المرأةَ تدَّعي أنه معيبٌ بذلك، فهي كالمشتري إذا ادَّعى عيباً باطِناً لِعَبْدٍ،مثلَ الإباق والسَّرَق ونحوه،فالقول قول البيِّع أنه غير معيب بذلك،وذلك لأن المشتري يدَّعي ثبوت الخيار في الفسخ بمعنى لانعلمه،فلا يُصَدَّق إلا ببيِّنَة ، كما لو ادَّعى شَرْطَ الخيار ثلاثاً لم يُصَدَّق.

كذلك المرأة في مسألتنا مدَّعيةٌ لثبوت حقِّ الفسخ لسببٍ لا نعلمه،فلا تُصَدَّق.

قال:(ووصولُه إلى امرأةٍ أخرى لايُبْطِلُ حقَّ هذه/المرأة إذا لم ٢٠٠/ يَصِلْ إليها)،مِن قِبَل أنَّ وُصولَه إلى غيرِها لايوفِّيْها حقَّها،إنما يجب لها.

مسألة: [خيار زوجة المجبوب]

قال:(لو وجَدَتْه مجبوباً[1]،كان لها الخيار في الفُرْقَة،ولايؤجَّل) وذلك لأن العيب قد صحَّ،فلا معنى للتأجيل،لأن تأجيلَ العِنِّين إنما هو لاستبراءحالِه،هل هو عيبٌ أم لا؟.

مسألة: [التفريق للعُنَّة بعد الخَلْوة يوجب الصداق والعدة]

قال:(وإذا فُرِّقَ بين العِنِّين وبين امرأتِه بعد الخَلْوة،فلها الصَّدَاق كاملاً،وعليها العِدَّة).

قال أحمد:وروي هذا القول عن علي وعمر،وزيد بن ثابت، قالوا:إذا أَغْلَقَ باباً،وأَرْخَى سِتْراً،فقد وَجَبَ المهر،ووجبت العِدَّة والصَّدَاق،دَخَلَ بها،أولم يَدْخُل[2].

---

(١) الجب القطع،ومنه المجبوب:الخصي الذي استؤصل ذكره وخصياه،كما في المغرب ١٢٩/١.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٢٠٨/٤-٢٠٩،سنن البيهقي ٢٥٥/٧،وصححه ابن حزم في المحلى ٤٨٣/٩ عن عمر رضي الله عنه.

وقال الحسن:قال المسلمون:إذا أغْلَقَ باباً،وأرخى سِتْراً فقد وَجَبَ المهر،ووجبت العِدَّة،ولو لم يجامِعْها.(١)(٢)

والحجَّةُ للقول الأول قولُ الله تعالى:{وإن أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زوجٍ مكانَ زوجٍ وآتَيْتُم إحداهُنَّ قِنْطَاراً فلا تأخُذُوا منه شيئاً أتَأْخُذُونَه بُهتاناً وإثماً مبيناً،وكيف تأخذُونَه وقَدْ أفْضَى بعضُكم إلى بعض}.(٣)(٤)

وهذه الآية تدلُّ من وجهين على ماقلنا.أحدُهما:قولُه {فلا تأخُذُوا منه شيئاً} وعمومُه يقتضي منعَ الأَخْذِ في سائر الأحوال،إلا أنْ تقومَ الدلالةُ على خصوصِ شيءٍ منه.(٥)

والوجه الآخر:قولُه تعالى {وكيفَ تأخُذُونه وقَدْ أفْضَى بعضُكم إلى بعض}

قال الفَرَّاء في كتابه معاني القرآن:"الإفضاء هو الخَلْوة،وإن لم يجامِعْها"والفرَّاء إمامٌ في اللغة غيرُ مدافَع،مقبولُ القولِ فيما قالَه في اللُّغة.(٦)(٧)

وكذلك ينبغي أنْ تكون حقيقتُه،لأنه مأخوذٌ مِن الفَضَاء،وهو الأرض التي ليس فيها ساترٌ ولا حاجِزٌ يمنعُ نفاذَ البَصَر فيها،فسُمِّيَت الخَلْوة التي ليس معهما فيها حاجِز ولا مانع يمنع الاستمتاع بها إفضاء.

---

(١) لم أجد إليه.

(٢) في الأصل (ما لم).
(٣) لم يذكر قبل هذا قولاآخر،ولعله يريد بالقول الثاني ما سيحكيه عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم،والله أعلم.
(٤) من سورة النساء،آية رقم٢٠-٢١. (٥) في الأصل (على).
(٦) ٢٥٩/١،ومثله في القاموس المحيط (فضا).
(٧) الفراء هو يحيى بن زياد الكوفي،اخباري علامة نحوي،كان أبرع الكوفيين وأبرعهم بالنحو واللغة وفنون الادب،وكان رأسا في قوة الحفظ،أملى تصانيفه كلها حفظا،وانما قيل له فراء،ولم يكن يعمل الفراء ولا يبيعها،لأنه كان يفري الكلام،وهو ابن خالة الامام الفقيه محمد بن الحسن الشيباني،وله معه قصة طريفة في فقه الفراء تنظر في وفيات الأعيان ١٧٩/٦،مات سنة ٢٠٧/هـ بطريق مكة،له ترجمة في وفيات الأعيان ١٧٦/٦، تذكرة الحفاظ ٣٧٢/١.

فتضمَّنَتِ الآيةُ منعَ أخذِ شيءٍ مِن مَهْرها بعد الخَلْوة والطَّلاق، لأن قولَه تعالى{وإن أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زوجٍ مَكَانَ زَوْجٍ}بغير حالِ الفُرْقة.

ودليلٌ آخر،وهو قوله تعالى{وآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلة}(١) وهو عموم في سائر الأحوال،فلما قال:{وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُم لَهُنَّ فريضةً فَنِصْفُ مافَرَضْتُم}(٢)،اقتضى ظاهرُه أنه متى مَسَّها بيدِه استَحَقَّت كمالَ المهر بعد الطَّلاق،لأن ذلك حقيقةُ المَسّ،فإذا خَلَى بها،ومَسَّها بيَدِه ثم طَلَّق،لم يَسْقُطْ شيءٌ من مهرها.

ثم ثَبَتَ ذلك لنا بثبوت الآيتَيْن،ولم يفرِّق أحد بين الخَلْوة(٣) التي يكون معها المَسّ،وبين الخَلْوة التي لايوجد ذلك معها، ويصحّ في أحد الوجهَيْن استحقاقُ كمالِ المهر بعد الطلاق،فكانت الأخرى مثلها،لأن أحداً لم يفرِّق بينهما.

وأيضاً"روى عَوْف عن زُرارَة بن أوفى قال:قَضَى الخلفاءُ الراشِدُون المَهْدِيُّون أَنَّ مَنْ أَغْلَقَ باباً،وأَرْخَى سِتراً،فقد وَجَبَ عليه المهر،وَوَجَبَت العِدَّة"(٤).

وقال النبي صلى الله عليه وسلم"عَلَيْكُم بِسُنَّتِي وسُنَّةِ الخُلَفَاءِ الراشِدِين مِن بعدي،وعضُّوا عليها بالنَّوَاجِذ"(٥).

فلم تجز مخالفتهم مع أمرِ النبي صلى الله عليه وسلم باتِّبَاعهم.

"قال الحسن:قال المسلمون:إذا أغلقَ باباً وأَرْخَى سِتراً فقد وَجَبَ المهر ووَجَبَت العدة"(٦).

فإن قال قائل:فقد حُكِيَ(٧) عن ابن مسعود وابنِ عباس رضي الله

---

(١) من سورة النساء،آية رقم/٤.
(٢) من سورة البقرة،آية رقم/٢٣٧.
(٣) المغني ٦٤،٦٢/٨.
(٤) سنن البيهقي ٢٥٥/٧-٢٥٦ وقال هذا مرسل زرارة،لم يدركهم وقد رويناه عن عمر وعن علي رضي الله عنهما موصولا،المحلى ٤٨٣/٩ وعزاه ابن حجر في التلخيص الحبير ١٩٣/٣ لكتاب النكاح لأبي عبيد.
(٥) تقدم ص/٥٧٦،حاشية (٩).
(٦) تقدم في الصفحة السابقة،حاشية (١).
(٧) في الأصل (حكيت).

عنهما خلافُ ذلك،فكيف يثبت مع وجود الخِلاف؟(١)

قيل له:طريقُ هذه الرواية عنهما وَاهِيَةٌ ضَعِيفَة،ولو ثَبَتَت أيضاً كان ماثَبَتَ عن الخلفاءِ الرَّاشِدين أَوْلَى بالاتِّبَاع،ولايُلْتَفَتُ بعدَ اتِّفَاقهم إلى خِلَاف مَنْ خَالَف.

وقد حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا محمد بن شَاذَان قال أخبرنا مُعَلَّى بن منصور قال حدثنا ابن لَهِيْعَة قال حدثنا أبو الأسود عن محمد بن عبد الرحمن بن ثَوْبان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"مَنْ كَشَفَ عن خِمَار امرأةٍ،ونَظَرَ إليها،وَجَبَ الصَّدَاق،دَخَلَ بها أَوْ لَمْ يَدْخُل".(٢)

ومِن جهة النظر:إنَّ المعنى الذي تعلَّقَتْ به صحة العقد مِن جهتها،هو وجود التسليم،والدليل على أن صِحَّةَ العقد متعلِّقة بالتسليم دون الوطء،اتِّفَاق الجميع على جواز نكاح المجبوب،مع عدم الوطء،فلو كانت صحة العقد متعلِّقةٌ بالوطء،لَمَا صَحَّ مع عَدَمِه مِن المجبوب،فدل على أن صحتَه متعلِّقة بوجود التسليم مِن جهتها،فإذا حَصَلَ له ذلك استحقَّت كمالَ المهر،كما أنَّ المشتري متى حَصَّلَ المبيع استحقَّ عليه الثمن،هَلَكَت السلعة أو لم تَهْلَك.(٣)

وأيضاً لو استأجَرَ داراً،كان المعنى الذي به يَسْتَحِقّ الأجر هو /التَّخْلِيَة،وإن لم يَسْكُنْها المستأجر،كذلك الخَلْوة في النكاح. /٢٠١

فإن قيل:فإذا خَلَا بها وهي حائض أو صائمة في شهر رمضان،أو هو مُحْرِم،أو صائم،لم تستحقَّ كمالَ المهر مع وجود التسليم.

قيل له:ليست الخَلْوة في هذه الحال تسليماً،لأن هناك مانعاً.

---

(١) سنن البيهقي ٢٥٤/٧-٢٥٥،المحلى ٤٨٤/٩،قال ابن المنذر في الاشراف ص/٦٤ لا يصح عنهما،ومثله عن الامام أحمد في المغني ٦٢/٨،وقد ثبت عن ابن مسعود رضي الله عنه خلاف هذا وأن عليه المهر كاملا،كما في المحلى٤٨٣/٩،وينظر موسوعة فقه عبد الله بن مسعود ص/٢٧٥.وروى الجصاص في أحكام القرآن ٤٣٦/١،عن ابن عباس رضي الله عنهما أن لها المهر كاملا.

(٢) سنن الدارقطني ٣٠٧/٣،سنن البيهقي ٢٥٦/٧وقال:هذا منقطع وبعض رواته غير محتج به ا.هـ وتعقبه ابن التركماني في الجوهر النقي بقوله"أخرجه أبو داود في مراسيله،وهو سند على شرط الصحيح،ليس فيه إلا الارسال ا.هـ وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٩٣/٣ أخرجه أبو داود في المراسيل ورجاله ثقات.

(٣) المغني ٥٨٠/٧،القوانين الفقهية ص/١٤٣.

والتسليم لايصح مع وجود المانع.كما أنه لو قال:قد خلَّيْتُ بينَكَ وبين الدار،وهي في يد غاصبٍ يمنَعُها.لم يكن ذلك تسليماً،وكذلك لو قال:قد خلَّيْتُ بينَكَ وبين المَبيع،وهو في يدِ غاصبٍ لم يكن ذلك تسليماً،وإن بحَضْرَتِهمَا،كذلك ما وَصَفْنَا.

فإن قال قائل:قال الله تعالى{وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وقَدْ فَرَضْتُمْ لهُنَّ فَرِيْضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ}(١)،والطلاق بعد الخَلْوة مثل الوطء يُطْلَق.

قيل:المَسِيسُ هو المسُّ باليد. فلو خَلَا بها،ومسَّها بيده استَحَقَّتْ كمالَ المهر بعد الطلاق بالظاهر،فتستَحِقُّه أيضاً وإن لم يمسّ،لأنَّ أحداً لم يفرِّق بينهما.

وأيضاً روي عن علي وعمر رضي الله عنهما أن المراد بالمَسِيس الخلوة،فكان المسيس عندهما اسماً للخلوة،فلَزِمَ اعتبارهما،لأنهما حُجَّة في اللغة.(٢)

وأيضاً هو القُرْب مع ارتفاع الموانع.قال الله تعالى{وإنَّ لكَ في الحَيَاةِ أَنْ تقولَ لامِسَاس}(٣)يعني والله أعلم:لاقُرْب،وتقول:بيني وبينَ فلانٍ رَحِم ماسَّة،يعني:قريبة.(٤)

وأيضا قد اتَّفق الجميع على أن المرادَ ليس هو حقيقة اللفظ. لأن قائلاً يقول الجِمَاع،وآخرُ يقول الخَلْوة،فصارَ اللفظ مجازاً بالاتِّفاق،فاحتاجَ إلى دلالةٍ مِن غيره في إيجاب الحُكْم،لأن المجاز لايستعملُ إلا في موضعٍ تقوم الدلالة عليه.

وأيضاً ليس يمتنع أن يكون المراد المسيس،أو ما يقوم مقامَه مِن الخَلْوة،كما قال تعالى{فإن طلَّقَها فلا جناحَ عليهما أَنْ يَتَرَاجَعَا}(٥)والمعنى الطلاق،أو مايقومُ مقامَه مِن الفُرقة.

---

(١) من سورة البقرة،آية رقم/٢٣٧.
(٢) سنن البيهقي ٢٥٥/٧.
(٣) من سورة طه،آية رقم/٩٧.
(٤) ومثله في جامع أحكام القرآن للقرطبي (١١/٢٤٠).
(٥) من سورة البقرة،آية رقم/٢٣٠.

مسألة: [طلاقُ المجبوب امرأتَه بعد الخلوة وقَبْل الدخول يوجبُ المَهْر]

قال: (وإذا خَلَا المجبوب بامرأتِه، ثمّ طَلَّقَها قَبْل الدخول، فلها المهرُ كاملاً في قول أبي حنيفة)

لأن المعنى الذي تتعلّق به صحة عقدِه هو وجود التسليم مِن جهتها على هذا الوجه، وقد وُجِد، والدليل على ذلك أنّه ليس هناك تسليمٌ غيره، فيُنْتَظَرُ وجودُه، وليس هذا كالمَريض والصغير وغيرهما، لأن هناك تسليماً صحيحاً مستَحَقّاً في حالة الصحة والكِبَر فتَسْتَحِق كمال المهر بعد الطلاق.(١)

فإن قيل: فإن خَلَا بها وهي رَتْقَاء، لَزِمَ على قَضِيَّتِكَ أن تَسْتَحِقَّ كمالَ المهر، إذ ليس هناك تسليمٌ غيره.

قيل: ليس كذلك، لأن الرَّتَق قد يزول، فهناك تسليمٌ منتَظَرٌ غيرُ موجود.

وأيضا فإن المجبوب قد يُنْزِلُ ويَوَارِيه، فصار كالفَحْل،(٢) وقد اتَّفَقَ الجميع على أن امرأةَ المجبوب، لو وَلَدَت، لَزِمَه نسبُ ولدها،(٣) واستَحَقَّت كمالَ المهر لو طَلَّقَها، وإن لم يوجد منه وَطء، لأجل وجود التسليم، كذلك إذا لم تَلِد.

وجَعَلَه أبو يوسف ومحمد كالمريض والصغير.

مسألة: [ليس لامرأة المجبوب خيار إذا وطئها مرة واحدة]

قال: (وإذا وَطِئَها مرةً، ثم جُبَّ لم يكن لها خيار، لأن الوطء مرةً تَسْتَحِقُّ به كمالَ المهر استحقاقاً صحيحاً، حتى لايَرِدُ عليه البُطْلَان بورود الطلاق، وكان بمنزلة حدوث العيب بالسلعة بعد قبض المشتري، فلا يوجب للمشتري خياراً في الفسخ.

* * * *
* * *

---

(١) في الأصل (فلا تستحق).
(٢) أي كالرجل الصحيح المنجب، والله أعلم، وينظر القاموس المحيط (فحل).
(٣) نقل ابن قدامة في المغني ٥٤/٩ أنه لا يلحق نسبه به في قول عامة أهل العلم، ثم قال: قال أصحابنا يلحقه النسب.

باب الأَصْدِقَة

مسألة: [الأولياء المرأة التفريق إن زوجت نفسها بأقل من مهر المثل]

قال: (وإذا زوَّجت المرأةُ البالغةُ نفسَها كفوءاً، وقصَّرت في المَهْر، فللأولياء أَنْ يفرِّقوا بينهما، أو يُبْلَغ به مهرُ مِثلِها في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ليس لهم ذلك).

وجه قول أبي حنيفة "ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: أَدُّوا العَلَائِق، قيل: وما العَلَائق؟ قال: ما تراضَى عليه الأهلون"(١).

فَشَرَطَ رِضَا الأهلين مع رِضَا الزوجَيْن، فدلَّ على أنَّ لهم حقاً في استيفاء مهر المثل(٢).

وأيضا فإن الأولياء تلحَقُهم غَضَاضَةٌ بتقصيرها في المهر، كما يلحقهم لو وَضَعَتْ نفسَها في غير كفوٍ، وأيضا فإن مهرَ نسائِهم يُعْتَبَرُ بها، فَيَلْحَقُهم ضَرَرٌ بِنُقْصَان مَهْرِها.

وقال أبو يوسف: ليس لهم ذلك، لأن المهرَ حقٌّ لها، لاحَقَّ لغيرها فيه، ألا ترى أنَّ لها أَنْ تُبْرِئَ من المهر بعد العقد.

وَذَكَرَ أبو جعفر(٣) محمداً مع أبي يوسف، وهو غلط، لأن محمداً لا يجيز النكاح بغير ولي، وإذا كان بولي لم يُعْتَبر سائر الأولياء الباقين، وإنما هو قول أبي يوسف الأول الذي كان يقول قديماً في جواز النكاح بغير ولي، ثم رَجَعَ، فقال لايجوز النكاح بغير ولي، إلا أنه على قوله الثاني أيضاً في امتناعه من تجويز النكاح بغير ولي، يصحّ جوابُ هذه المسألة، لأنه يقول إذا زوَّجها بعضُ الأولياء/غيرَ كفوٍ، فللباقين أن يفرِّقوا بينهما، ورضا بعضِ الأولياء لايجوز على الباقين، ولم يعتَبِرْ(٤) نقصانَ المهر في حق الباقين من الأولياء، فيكون معنى المسألة صحيحاً على هذا القول /٢٠٢

---

(١) سنن الدارقطني ٢٤٤/٣، سنن البيهقي ٢٣٩/٧، وبين ابن حجر في التلخيص الحبير ١٩٠/٣ أن إسناده ضعيف جداً، وقد روي مرسلاً والمرسل أصح.
(٢) في الأصل (مهركما يلحقهم لو المثل).
(٣) ينظر فتح القدير لابن الهمام ١٩٤/٣.
(٤) في الأصل (لن).

في فَرْقِه بين الكفاءة والتقصير في المهر،وإن كان مِن أصله أن النكاحَ لا يجوز إلا بولي.

مسألة: [لامَهْرَ أقلَّ مِن عشرة دراهم]

قال: (ولاصَدَاقَ أقلَّ مِن عشرة دراهم). لقول الله تعالى{وأُحِلَّ لكُم ما وراءَ ذلِكُم أنْ تَبْتَغُوا بأموالكم}(١). فأباحَ عقدَ النكاح بشرط أن يكون البدلُ أموالاً، وما دون العشرة لايتناوله اسم الأموال.

فإن قيل: فالعشرة أيضاً لا تُسَمَّى أموالاً، فالواجب أن لا تكون العشرة مهراً على هذه القضية.

قيل له: كذلك هو، إلا أنَّا خَصَّصْنَا العشرة بالإجماع(٢)، وإلا فالظاهر منعه.

ومِن جهة السُّنَّة حديث حَرَام بن عثمان عن ابنَيْ جابرٍ عن أبيهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لاصَدَاقَ أقلَّ مِن عَشرة دراهم"(٣).

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا حامد بن الشاذي الكَشِّي قال حدثنا علي بن حُجْر قال حدثنا بَقِيَّة قال حدثنا مُبَشِّر يعني ابن عُبَيْد(٤) عن الحَجَّاج عن عطاء وعَمْرو بن دينار عن جابر ابن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا مَهْرَ دونَ عشرة دراهم"(٥).

وأيضا روي عن علي عليه السلام من قوله: "لا صَدَاقَ أقلَّ من عشرة دراهم"(٥). وهذا عندنا لم يَقُلْه إلا تَوْقِيفاً، لأن هذا الضَّرْبَ من المقادير لا سبيلَ إلى إثباته مِن طريق الاجتهاد والمقاييس، وإنما طريقُها التَّوْقِيف، لأنَّها من الأمور المبتَدَأة التي هي حقوقٌ لله تعالى.

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/٢٤.
(٢) ومثله في أحكام القرآن٢/١٤٠.
(٣) تقدم ص/٥٩٦، حاشية (٤)، وفيها نقل ابن الهمام عن الحافظ ابن حجر تحسين الحديث.
(٤) في الأصل(عبد)، والتصويب من كتب السنن.
(٥) سنن الدارقطني ٢٤٥/٣، قال ابن حجر في الدراية ٢/٦٣ أخرجه الدارقطني من وجهين ضعيفين.

ومن هذا الضَّرْب ماروي عن علي عليه السلام أنه قال: "إذا قَعَدَ الرَّجُلُ في آخرِ صَلَاتِهِ مقدارَ التشهد، فَقَدْ تَمَّتْ صلاتُه"(١)، فكان ذلك توقيفاً.

وكذلك ماروي عن أنسٍ في الحَيْض أنَّ أقلَّه ثلاثاً، وأكثرَه عشرة(٢).

وماروي عن عثمان بن أبي العَاص الثَّقفي أنَّ أكثرَ النِّفاس أربعون(٣).

جميع ذلك عندنا توقيفٌ مِن النبي صلى الله عليه وسلم.

وأيضاً قد صحَّ عندنا أنَّ اليدَ لا تُقْطَعُ في أقلَّ من عشرة(٤)، والمعنى فيه أنه عُضْوٌ مَحْظُورٌ لا يُسْتَبَاح إلا بمال، فكذلك البُضْعُ لَمَّا كان هذا المعنى موجوداً فيه، وَجَبَ أن لا يُسْتَبَاح بأقلَّ من عشرة.

فإن قال قائل: قال الله تعالى {وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُم لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُم}(٥) فإذا فَرَضَ خمسةَ دراهم، لم تَسْتَحِقَّ بالطلاق قبلَ الدخول إلا نصفَها بظاهرِ الكتاب.

قيل له: لم يُخْتَلَفْ في استحقاق نصفِ المسمَّى بالطلاق قبل الدخول، وإنما الخلاف فيما زاد، إذا كانت التسمية أقلَّ من عشرة

---

(١) سنن البيهقي ١٣٩/٢ وقال: لا يصح، وعاصم بن ضمرة غير محتج به، كنز العمال ١٥٧/٨.

(٢) أخرجه ابن عدي في الكامل ٧١٥/٢ مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم من طريق أنس، وأعله بالحسن بن دينار، وأنه مجمع على ضعفه قال: ولم أر له حديثا جاوز الحد في النكارة، وهو الى الضعف أقرب، ورواه أيضا في الكامل ٥٩٨/٢ عن أنس رضي الله عنه موقوفا.
قال ابن حجر في الدراية ٨٥/١ فيه الحسن بن دينار، وهو واه.

(٣) رواه مرفوعا من طريق عثمان بن أبي العاص الحاكم في المستدرك ١٧٦/١ وقال ان سلم هذا الاسناد من أبي بلال، فانه مرسل صحيح، وأخرجه الدارقطني في سننه ٢٢٠/١، وضعفه بأبي بلال الأشعري كما قال ابن حجر في الدراية ٩٠/١، ورواه الدارقطني أيضا موقوفا من قوله.

(٤) شرح معاني الآثار ١٦٣/٣، سنن النسائي قطع السارق، باب القدر الذي اذا سرقه السارق قطعت يده ٨٣/٨، المستدرك للحاكم ٣٧٨/٤-٣٧٩ ووافقه الذهبي على تصحيحه، وقد توسع في تخريجه الزيلعي في نصب الراية ٣٥٥/٣، وينظر في تقوية الحديث الجوهر النقي ٢٥٨/٨-٢٥٩.

(٥) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣٧.

دراهم.وليس في الآية نفيُه ولا إثباته.فحُكمُه موقوفٌ على الدلالة.وقد قامت الدلالةُ على وجوبه.فصارت الآية موجِبةً لنصف المسمّى.والدلالة موجِبة للزيادة إلى تمام خمسةِ دراهم إذا طلّق قبْل الدخول.

فإن احتجّوا مِن جهة الآثار بحديث أبي حازم عن سَهْل بن سعد "أنَّ المرأةَ قالت:يارسول الله:إني وهبتُ نَفْسي لَك.فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالِي في النساء مِن حاجة.فقامَ رجل فقال:زَوِّجْنِيها يارسولَ الله.فقال:ماعِنْدَك؟قال:ماعندي شيء.قال:أَعْطِها ولو خاتَمَاً مِن حديد.قال:ماعندي.قال:هل مَعَكَ شيءٌ مِن القرآن؟قال:نَعَم.قال:فإنّا قد زَوَّجْنَاكَهَا بما مَعَكَ مِنَ القُرآن".(١)

وبحديث عَامِر بن ربيعة "أنَّ رجلاً تزوَّجَ امرأةً على نَعْلَيْن.فأجاز النبيُّ صلى الله عليه وسلم النكاحَ".(٢)

وعن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"مَنْ أَعْطَى في صَدَاقِ ملءَ هذا بُرَّاً(٣) أو دَقِيقَاً أو سَوِيْقَاً اسْتَحلَّ".(٤)

وبحديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لَيْسَ على امْرِئٍ جُنَاحٌ أن يتزوَّج مِن ماله بقَلِيْلٍ أو كثير.إذا أَشْهَد".(٥)

قيل له: أما حديث سَهْل بن سعد فإنما أَرَاه تعجيلَ شيءٍ مِن

---

(١) تقدم ص/٦٠٤، حاشية (١).

(٢) سنن الترمذي.النكاح.باب ما جاء في مهور النساء ٤٢٠/٣ وقال حديث حسن صحيح.سنن ابن ماجه.النكاح.باب صداق النساء ٦٠٨/١.ونقل الزيلعي في نصب الراية ٢٠٠/٣ عن ابن الجوزي أن فيه عاصم بن عبيد الله.قال ابن معين:ضعيف.لا يحتج به.وقال ابن حبان:كان فاحش الخطأ.فترك ا.هـ
ونقل ابن التركماني في الجوهر النقي ٢٣٩/٧ عن أبي حاتم الرازي أنه حديث منكر.

(٣) أي ملء كفه.كما في رواية البيهقي في سننه ٢٣٨/٧.

(٤) سنن أبي داود.النكاح. باب قلة المهر ٥٨٥/٢ ورجح وقفه على جابر.كما في الدراية ٦٣/٢ قال المنذري في مختصر سنن أبي داود ٤٧/٣ في اسناده موسى بن مسلم.وهو ضعيف.وتكلم في سنده أيضا في غير موسى.كما في نصب الراية ٢٠٠/٣.

(٥) سنن الدارقطني ٢٤٤/٣ لكن من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.قال الزيلعي في نصب الراية ٢٠٠/٣ نقلا عن ابن الجوزي فيه أبو هارون العبدي.قال حماد بن زيد:كان كذابا.وقال السعدي:كذاب مفتر ا.هـ.وأشد من هذا قيل فيه.كما نقله صاحب الجوهر النقي ٢٤٠/٧.قال ابن حجر في الدراية ٦٣/٢ إسناده ضعيف.

المَهْر،لأنه لو كان مرادُه ما يَصِحُّ العقدُ عليه،لزَوَّجه بمهر في ذِمته.

وقوله "زَوَّجْنَاكَهَا بما معكَ مِن القرآن"معناه لأَجْلِ مامَعَكَ مِن القرآن،لأنَّ ما معه من القرآن لا يكون مهراً.

فإن قيل : إنما أراد:تعليمُه إياها،يكون مهراً(١) لها.

قيل له :ليس ذاك في الخَبَر،ولا فيه ما يدل عليه.

وأيضاً حديث عامر بن ربيعة في إجازة النكاح على نَعْلَيْن، فإن"نَعْلَيْن"قد تكونَان قيمةَ عشرة أو أكثر،فلا دلالة فيه على قول المخالِف.

وأيضاً فإن فيه إجازة النكاح بهذه التسمية،ونحن نجيزه أيضاً،وليس في الخَبَر دلالة على أن الزيادة لا تجب إلى تمام العشرة إذا كانت قيمتُه أقلَّ من ذلك.

وأما حديث جابر فلم يُشِرْ فيه إلى شيءٍ بعينه يُعْرَف مقدارُه، وقد روي في بعض الأخبار:مِلءُ كَفٍّ،وإن ثَبَتَ فمعناه ما وَصَفْنَا.

/وأما حديث أبي سعيد"ليس على امْرِئٍ جُنَاح أن يتزوَّج مِن ماله بقليل أو كثير"فإنما هو إجازة النكاح بقليل التسمية ونحن نجيزه،ولادلالة فيه على ما يجب بالعقد،وإن كان أقلَّ مِن عشرة. /٢٠٣

وأيضاً فقد كان النكاح جائزاً بغير مهرٍ إلى أنْ نَهَى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن الشِّغار(٢)،فيجوز أن يكون جميعُ ماروي في هذه الأخبار،وإن صحَّ أنَّ المراد به التزويج على أقل مِن عشرةٍ،في حال جوازه بغير مهر،أو أن يكون المرادُ استحبابُ تعجيلِ شيءٍ مِن قَبْل الدخول،كما أمَرَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم عليّاً كرَّمَ الله وجهه أن يعجِّل لفاطمة عليها السلام دِرْعَه الحُطَمِيَّة(٣).

---

(١) في الأصل (مهر).

(٢) تقدم ص/٦٧٦،حاشية (١).

(٣) سنن النسائي،النكاح،باب تحلة الخلوة ١٢٩/٦،سنن أبي داود،النكاح،باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئا ٥٩٦/٢ وسكت عنه هو،والمنذري في المختصر ٥٨/٣.
وسميت درعه بالحطمية نسبة الى حطمة،بطن من عبد القيس، وكانوا يعملون الدروع،ويقال انها الدرع السابغة التي تحطم السلاح،كما في معالم السنن للخطابي ٥٨/٣.

مسألة: [جوازُ النكاح على غيرِ صَدَاقٍ، ووجوب مهر المثل]

قال: (وإذا تزوَّج امرأةً على غير صَدَاق.فالنكاح جائز.ولها مهرُ مثلِها).

لقول الله تعالى{لاجُنَاحَ عليكم إن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ما لم تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفرِضُوا لهُنَّ فَرِيْضَةً}(١).فحَكَمَ بصحة الطلاق في نكاحٍ لامهرَ فيه.والطلاق لايقعُ إلا في نكاحٍ صحيح.فدلَّ أنَّ عدمَ التسميةِ لايمنعُ صِحَّةَ عقدِ النكاح.ولها مهرُ مثلِ نسائها لما"روى عَلْقَمَة عن ابنِ مسعود(٢) أنه أُتِيَ في امرأةٍ مات عنها زوجُها،ولم يكُنْ فَرَضَ لها شَيْئاً.فقال عبد الله:لها مهرُ مثلِ نسائها،فقامَ مَعْقِلُ بنُ يَسَار الأَشْجَعِيُّ فقال:قَضَى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم في تزويج بنتِ وَاشِق بمثل ما قَضَيْتَه،فَفَرِحَ بذلك ابنُ مسعود"(٣).

وأيضاً فإن البُضْعَ لاتجوز استباحتُه بغير مال.فإذا استبَاحَه بغير بدلٍ مسمَّى،وَجَبَ لها قيمةُ البُضْع.وهو مهر المثل.

ومهرُ المثل معتَبَرٌ بنِسَائِها مِن قِبَلِ أبيها.لأنها مِن قومِ الأب منسوبة إليهم،دون قوم الأم،ألا ترى أنها تُشرَّفُ بشَرَفِ أبيها دون شَرَفِ أمها.

قال: (ويُعْتَبَرُ بِنِسَائِها مِن أَهْلِ بَلَدِهَا).لأن ذلك تقويمٌ للبُضْع، وتقويمُ الأشياء يقع في الموضع الذي يجب فيه البَدَل،كما في تقويم السِّلْعة المُسْتَهلَكة(٤).

---

(١) من سورة البقرة،آية رقم/٢٣٦.
(٢) في الأصل (منصور)،والتصويب في هذا والذي بعده من كتب السنن.
(٣) سنن الترمذي،النكاح،باب ماجاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ٤٥٠/٣ وقال:حديث حسن صحيح، سنن النسائي،النكاح،باب اباحة التزويج بغير صداق ١٢١/٦، سنن أبي داود،النكاح،باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات ٥٨٨/٢،سنن ابن ماجه،النكاح،باب الرجل يتزوج ولايفرض لها.فيموت على ذلك ٦٠٩/١،المستدرك للحاكم ١٨٠/٢-١٨١ ووافقه الذهبي على تصحيحه،وقد توسع في الكلام على الحديث ابن حجر في التلخيص الحبير ١٩١/٣.
(٤) في الأصل(كثبوت استهلاكه أحل)هكذا،ولم أهتد لتصويبها، وقد أثبت نص كتاب غاية البيان للاتقاني (مخطوط)لوحة ٤٢/٢ من الجزء الثاني،ونقل عبارة الاتقاني الشلبي في حاشيته على تبيين الحقائق ١٥٤/٢.

[وجوبُ المُتْعَة للمطلَّقة قَبْلَ الدخول،ولم يُسَمَّ لها مهر]

(وإذا طَلَّقَها قبل الدخول،ولم يُسَمِّ لها مهراً (١)، فلها المتعةُ واجبةٌ).

قال أحمد:لامتعةَ واجِبَة عند أصحابنا غير هذه،وهي مستَحَقّة لكلِّ مطَلَّقة غيرِها،ولاخلاف بين الفقهاء (٢) أنَّ المطلَّقة قبل الدخول إذا كان قد سُمِّيَ لها في العقد،أنه لامتعةَ لها،وقال مالكُ بن أنس:لامتعةَ واجِبَة بحالٍ،وهي مستَحَقّة (٣)،وقال الشافعي (٤):"هي واجبةٌ لكلِّ مطلَّقة إلا أنْ يُسَمَّي لها،وطُلِّقَتْ قَبْلَ الدخول (٥).

فأما الدلالة على وجوب المتعة لمَنْ طُلِّقَت قبلَ الدخول والتسمية،فقولُ الله تعالى{لاجناحَ عليكم إن طَلَّقْتُمُ النساءَ ما لم تَمَسُّوهُنَّ أو تَفرِضوا لهُنَّ فريضَة ومَتِّعوهُنَّ على الموسِعِ قَدَرُه وعلى المُقْتِر قَدَرُه مَتَاعاً بالمعروف حَقّاً على المُحْسِنين} (٦)،فدلت الآيةُ على وجوب المتعة لمَن كانت حالُه ما وصفنا مِن وجهَيْن أحدهما:

قولُه {فمَتِّعوهُنَّ}والأَمْرُ للوجوب،حتى تقومَ الدلالة على غيره.

والثاني:قوله {حَقّاً على المُحْسِنين}،وهذا آكدُ ما يكون مِن ألفاظِ الإيجاب.

ألا ترى أنَّ الشهاداتِ لايُقْبَل فيها الألفاظ المحتَمِلةُ للمعاني، ولو شَهِدَ شاهِدان على رجلٍ بمالٍ فقالا:نَشْهَدُ أنَّ له حقاً عليه وهو ألفُ دِرهَم،كانت الشهادةُ مقبولةٌ في إثبات المال.

ويدل عليه أيضا قوله تعالى{ولِلمُطَلَّقَاتِ متاعٌ بالمَعْروف حَقّاً على المُتَّقِيْن} (٧).

---

(١) في الأصل (ولم يسمّ مهر مثلها فله) والتصويب عن المختصر ص/١٨٤،ويقتضيه السياق.
(٢) بداية المجتهد ٢/٢٣ وفيه أنهم اتفقوا أن لها نصف المهر.
(٣) قال الباجي في المنتقى ٨٨/٤ "ذهب مالك الى أن المتعة ليست مما يجبر عليها المطلِّق،ولايحكم بها عليه،قال مالك:إنها لَحَق" على الزوج ولا يُقضَى بها عليه" ا.هـ .
(٤) مختصر المزني ص/١٨٤،شرح الجلال المحلي(كنز الراغبين) على منهاج الطالبين للنووي ٣/٢٩٠.
(٥) ويدخل في هذا المطلقة التي لم يمسها،والتي مسها، والموطوءة،كما في شرح الجلال المحلي على المنهاج ٣/٢٩٠-٢٩١.
(٦) من سورة البقرة،آية رقم/٢٣٦ .
(٧) من سورة البقرة،آية رقم/٢٤١ .

[فإن قيل: لَمَّا خصَّ المتَّقِين والمُحْسِنِيْن بالذِّكْر في إيجاب المُتعَة عليهم، دَلَّ على أنها غيرُ واجبة، وأنها نَدْب، لأن الواجبات لايَخْتَلِفُ فيها المتَّقون والمحسنون وغيرهم] (١)

قيل له: تخصيصُ المحسنين والمتقين، فإنما فيها إيجابُها عليهما، فنحن نوجبُها عليهما، ثمَّ إذا وَجَبَتْ على المحسنين والمتقين وَجَبَتْ على غيرهم، إذْ لم يفرِّق واحدٌ بينهم في وجوبها.

وأيضاً قولُه: حَقّاً على المتقين والمحسنين، يدُلُّ على الوجوب، لأنَّه جَعَلَ شَرْطَ كونِه محسِناً أو متَّقِيَاً إعطاء المتعة، وعليه أن يكون متَّقِيَاً مُحْسِنَاً، وهو كقوله تعالى فيما حَكَى عن مَرْيَم عليها السلام {إنِّي أعُوذُ بالرَّحْمَٰنِ مِنْكَ إنْ كُنْتَ تَقِيَّاً} (٢) يعني أنَّ المُتَّقِي هو الذي يَقْبَلُ الاستعاذةَ بالله تعالى، وهو كقوله تعالى {هُدَىً للمتَّقِين} (٣)، وهو هُدَىً لغيرهم أيضاً.

ومِن جهة النظر: إنَّ البُضْعَ لايخلو مِن بَدَلٍ يجب عنه، وإن وَرَدَ الطلاقُ قبل الدخول.

والدليل عليه أنه إذا سمَّى لها مهراً، ثم طَلَّقَها قَبْلَ الدخول استَحَقَّتْ نصفَ المسمَّى، فوَجَبَ أنْ لايخلو مِن أنْ يُسَمَّى لها (٤) مِن بدلٍ تستَحِقُّه عند الطلاق، والمعنى الجامع بينهما أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يتعلَّق حُكْمُه بالطلاق قَبْلَ الدخول، فوَجَبَ أن يكونا جميعاً واجبَيْن، وأمَّا إذا دَخَلَ بها، فإنها قد استَحَقَّت مهرَ المثل، فلا يجتمع عليه وجوبُ مهرٍ و[متعة] (٥).

/والدليل على ذلك اتِّفَاق الجميع (٦) على أنه إذا طلَّقَها قبل الدخول، وقد سَمَّى لها مهراً أنها لا تستَحِقُّ المتعة على الوجوب، لأنها قد استَحَقَّت شيئاً من المهر، فكذلك إذا طَلَّق. ٢٠٤/ج

---

(١) هذا الاعتراض ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وموجود جوابه فقط، وقد أثبته من أحكام القرآن للمؤلف ٤٢٩/١ حيث أورد الاعتراض وجوابه.
(٢) من سورة مريم، آية رقم/١٨.
(٣) من سورة البقرة، آية رقم/٢.
(٤) في الأصل (له).
(٥) ساقطة من الأصل.
(٦) تقدم في الصفحة السابقة.

فإن قيل:عمومُ قوله تعالى{وللمطلَّقات متاعٌ بالمَعْرُوف}يوجبُ المتعةَ لسائر المطلَّقات.

قيل له :يخصُّه ما ذَكَرْنَا مِن الدلالة .

مسألة : [موت أحد الزوجين قبل الدخول ولم يُسَمَّ المهر فلها مهر المثل]

(قال:وإن ماتَ أحدُهما قبلَ الدخول، ولم يُسَمِّ لها مهراً ،فلها مهرُ مثلِها مِن نسائِها)

وذلك لما رُوِيَ"عن عبد الله بن مسعود أنه سُئِلَ عن ذلك فقال: أقول فيها بِرَأْيِي،فإن يكُنْ صواباً فَمِنَ الله ،وإن يكُنْ خطأً فمِنِّي ومِنَ الشَّيْطَان،والله ورسولُه منه بَرِيئَان،لها مثلُ مهرِ نسائِها ، وذلك بعدَ أَنْ ردَّهم شهراً ،فقام ناسٌ مِنْ أَشْجَع منهم مَعْقِلُ بنُ يَسَار في بعض الأخبار،وفي بعضها أبو سِنَان وأبو الجَرَّاح،فشهدُوا أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قَضَى بذلك في امرأةٍ منهم ،يُقال لها بِرْوَع بنتُ وَاشِق،فسُرَّ عبدُ الله بذلك سُروراً شديداً حين وافقَ قضاؤُه قضاءَ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم"رواه جماعة منهم عَلقمة ومَسْرُوق وعبد الله بن عُتْبَة ، والأسود بن يزيد في آخَرِين.(١)

فإن قال قائل:هؤلاء الأَشْجعيون الرواة لهذا الخبرِ قومٌ مجهولُون،لايثبُتُ بمثلِهم حُجَّة في إثبات الأحكام .

قيل له :كونهم مجهولِين عندَكَ لايُوْجِبُ ردَّ خَبَرِهم ،لأن أخبارَ الآحاد مقبولةٌ عندنا جميعاً ،وإنْ وَرَدَتْ من جهة الأفراد الذين لم يَرْوُوا خبراً غيرَه(٢) ،ولا سِيَّمَا صحابةُ النبيِّ صلى الله عليه وسلم ،لأن الأصلَ فيهم الصحة والعَدالة حتى يثبُتَ غيرُها ،ومع ذلك فإنَّا لانَعْرِف عدالةَ مَنْ لم نُشَاهِدْه إلا بتَحَمُّلِ الثقاتِ عنه(٣) ،وقد قَبِلَ عبدُ الله خبرَ هؤلاء وسُرَّ به ،إذ وافقَ قضاؤُه قضاءَ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم .

---

(١) تقدم ص/٧٠٧،حاشية (٣) .
(٢) في الأصل (غيرها) .
(٣) ينظر قواعد في علوم الحديث للتهانوي،بتحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة ص/١٣٠-١٣١ .

وقد قَبِلَ مخالِفُنَا مِن أخبار الأفراد[1] ما يكثُرُ ذِكره وتَعداده.

منها ما رُوي أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال: "إنَّ اللهَ كَتَبَ عليكمُ السَّعْيَ فاسْعَوا"[2] و[هو][3] مما رَوَتْه امرأةٌ لم تَرْوِ غيرَه.

وخَبَر "الرُّطَب بالتَّمْر" رواه أبو عيَّاش، ولا يُدْرَى مَنْ هو؟.[4]

وخبر "إفراد الإقامة" يرويه أبو جعفر مؤذِّنُ مسجدِ العُرْيَان عن أبي المثَنَّى[6]، وهُمَا جميعاً مجهولان، في أخبارٍ مِن نحو ذلك، قد قَبِلَها عن رواةٍ مجهولين مِن التابعين وغيرِهم، فكيف يُرَدُّ خبرُ صحابِيَّيْن قد شَهِدَا عند عبدالله على النبي صلى الله علي وسلم فأَقْنَعه خبرُهم.

ودليلٌ آخرُ مِن طريق النَّظَر، وهو أنَّ مَهرَ المثل لَمَّا كان واجباً بالعقد، وَجَبَ أنْ يؤكِّدَه الموتُ، كالمسَمَّى لَمَّا وَجَبَ بالعقد أَكَّدَه الموتُ، ولم يُسْقِطْ منه شيئاً.

---

(١) "التفرد يكون لما انفرد به الراوي اسنادا أو متنا، ويكون لما تفرد به عن شيخ معين" كما في الموقظة للذهبي ص/٤٣.

(٢) رواه الامام الشافعي في الأم ٢/٢١٠-٢١١ عن عبدالله بن المؤمل.. عن صفية بنت شيبة عن حبيبة بنت أبي تجراة، وفيه عبدالله بن المؤمل، وفيه ضعف، كما قال ابن حجر في الفتح٣/٤٩٨ ثم قال: له طريق أخرى في صحيح ابن خزيمة ٤/٢٣٢ مختصرة، وعند الطبراني عن ابن عباس كالأولى، واذا انضمت الى الأولى قويت انتهى، ورواه أحمد في المسند ٦/٤٢١-٤٢٢ وقد ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد٣/٢٤٧روايات الطبراني وبين أن في كل منها ضعف. ونقل المناوي في فيض القدير ٢/٢٤٩ عن الذهبي تصحيح الحديث من طريق آخر ذكر عن نسوة من بني عبد الدار.
وتوسع في الكلام عن الحديث أيضا ابن حجر في الاصابة ٤/٢٦٩ في ترجمة حبيبة بنت أبي تجراة.

(٣) في الأصل (ومما).

(٤) تقدم الكلام عن الحديث وعن جهالة أبي عياش ص/١٢٣ حاشية (٦).

(٥) الطريق الذي ذكره المؤلف للحديث أخرجه أبو داود في سننه. الصلاة، باب في الاقامة ١/٣٥٠، قال المنذري في المختصر ١/٢٨٠ حديث حسن، النسائي، الصلاة، باب كيف الاقامة ٢/٢٠.
وهو في الصحيحين من حديث أنس رضي الله عنه، صحيح البخاري، الأذان، باب الأذان مثنى مثنى٢/٨٢، صحيح مسلم الصلاة، باب الأمر بشفع الأذان وايتاء الاقامة١/٢٨٦ كلاهما من حديث أنس رضي الله عنه.

والدلالة على أنَّ مهرَ المثل يُسْتَحَقُّ بالعقد من وجوه، أحدُها: أنَّ الزوجَ قد مَلَكَ البُضْعَ بالعقد لا مَحَالة، وغير جائزٍ استباحةُ البضع بغير بدلٍ، فإذاً قد مَلَكَ عليه البدل من ملكٍ، هو المبدَل عنه.

وجهةٌ أخرى، وهي أنَّهما لو ارْتَفَعَا إلى القاضي، لحَكَمَ لها بمهرِ المثل قَبْلَ الدخول، ولولا أنَّها قد استَحَقَّتْه، ما حَكَمَ لها به، لأن القاضي لايبتدىء إثبات شيءٍ لم يستحق إثباته قبل حكمه.

وأيضاً فإن لها أن تَمْتَنِعَه نفسَها حتى تستوفيَ مهرَ المثل، فلولا أنها قد استَحَقَّتْه، لَمَا كان لها منعُ نفسها به.

وأيضاً لو دَخَلَ بها لاستَحَقَّتْه استحقاقاً صحيحاً، فمعلومٌ أنَّ الدخول تصرُّفٌ في بُضْعٍ مُلِكَ استباحةً قَبْل ذلك، وتصرُّفُ الإنسان فيما يملكه لا يوجب عليه البَدَل، ألا ترى أن قبضَ المشتري للمبيع وتصرُّفَه فيه لا يوجب عليه بدلاً، لأنه تصرَّفَ في ملكه، وكذلك الدخول لا يوجب المهر في العقد الصحيح، فدلَّ على أنها قد كانت استحَقَّت المهرَ بالعقد، لا بالدخول، وإذا ثبت ذلك لم يختلف حُكْمُه وحُكْمُ المسمَّى في باب استحقاقِهما جميعاً بالموت، والمعنى الجامع بينهما أنَّ كلَّ واحدٍ منهما مستَحَقٌّ بالعقد، فالمَوْت فيهما بمنزلة الدخول.

فإن قال قائل: لو كان كذلك لوَجَبَ أنْ لا يُسْقُطَ مهرُ المثل بالطلاق قبل الدخول، وكان يجب أن يكون لها نصف مهر المثل، كما يكون لها نصف المسمَّى بالطلاق قبل الدخول، فلمَّا كان ورود الطلاق قبل الدخول، يُسْقِطُ جميعَ مهر المثل، ولم يُسْقُطْ جميعُ المسمَّى، دلَّ ذلك على أنهما مختلفان في تعلّق وجوبِهما بالعقد.

/٢٠٥ /قيل له: لا فرق بينهما في باب سقوطهما بالطلاق قبل الدخول وذلك لأن الطلاقَ قبل الدخول يُسْقِطُ جميعَ المهر، مسمَّىً كانَ الواجبُ أو مهرَ المثل، لأن الطلاق قبل الدخول بمنزلة هلاكِ المبيع قَبْل

القبض في إسقاط الثَّمَن،وإنما تجب المتعة إذا لم يكن مسمًّى حقًّا مبتَدَأً،وإذا كان هناك مسمًّى،سَقَطَ جميعُ المهر،ونصفُ المهر هو مُتعَتُها على وجه الابْتِدَاء،فأمَّا ما وَجَبَ بالعقد،فقد سَقَطَ في الحالَيْن،ثم يكون زيادة متعتها مقدَّرةً بنصف المهر،وتارةً غير مقدَّرة،والكلامُ في جهة اختلافهما ليس هو كلاماً في أصل المسألة وإنما هو كلامٌ في كيفية المُتْعَة في الحالَيْن.

وقد روي هذا المعنى عن إبراهيم(١) أنه قال في الذي طلَّق قبلَ الدخول،وقد سمَّى لها،أنَّ لها نصفَ المهر،وذلك مُتْعَتُها.

ويدل مِن جهة النَّظَر أيضاً أن الموتَ بمنزلة الدخول في باب إيجاب العِدَّة،فوَجَبَ أن يكون كالدخول في استحقاق كمالِ المهر، كالمسمَّى لها،صار الموتُ فيه بمنزلة الدخول،لأجل ماوَجَبَ مِن العِدَّة،كان كذلك في استحقاق كمال المهر.

مسألة: [وجوب المتعة للمطلَّقة قبل الدخول وقد فَرَضَ لها القاضي مَهرا]

قال:(فإن تزوَّجَها على غيرِ مهر،ففَرَضَ لها القاضي مهرَ المثل،أو تراضَيَا به،ثم طلَّقها قبل الدخول،فلها المتعة،وبَطَلَ مافُرِضَ لها)،وذلك لأن هذه التسميةَ لم تكن موجودةً في العقد، فكانت بمنزلة مهرِ المثل،لمَّا لم يكن مسمًّى في العقد،أسْقَطَه ورودُ الطلاق قبل الدخول،كذلك ماسُمِّي بعد العقد.

وأيضاً فإن المفروضَ بعد العقد هوتقديرٌ لمهرالمثل،لاعلَى معنى البَدَل عنه،بل كأنه هو،ألا ترى أنه لو فَرَضَ لها داراً،لم يجب للشفيع فيها الشفعة،ولم تكن بمنزلة ما أُخِذَ بدلاً عن مهر المثل فكان المسمَّى هونفس مهرالمثل،فلذلك سَقَطَ بالطلاق قبل الدخول.

وأيضاً فإنْ فَرَضَ القاضي أو تَرَاضَيَا عليه،ليس هو ابتداءُ إيجابٍ،بل هو الذي كان واجباً بالعقد مِن غير تسمية،وأيضاً فإن هذه التسمية مُلْحَقَةٌ بالعقد،وقدبَطَلَ العقد،فيُبْطِلُ ما أُلْحِقَ به.

---

(١) النخعي،وفي مصنف عبد الرزاق ٦٩/٧ أن لها النصف،ولا متعة لها،أما باللفظ الذي ذكره المصنف فلم أهتد اليه.

مسألة: [مقدارُ المتعة]

قال: (وأدنى المتعة درعٌ(1)، وخمارٌ، وملحفةٌ إلا أن يكونَ صداقُ مثلِ المرأة أقلَّ من عشرة دراهم، فيكون لها خمسةُ دراهم)

قال أحمد: أما تقديرُ المتعة فموكولٌ إلى اجتهادِنا، وقدرها ثلاثة أثواب، لأنها أقلّ ما يسترُها بين الناس.

فأما قوله: فإن كانَ صداقُ مثلِها أقلَّ من عشرة دراهم، فيكون لها خمسة دراهم، فإن الأصلَ عندهم في ذلك أن المُتعَةَ، إن كانت أكثرَ من نصف مهر المثل لم يُزَدْ على نصفِ مهرِ مثلها، لأن مهرَ المثل ليس بآكدَ في الوجوب من المسمَّى، فإذا لم تستحق في المسمَّى أكثرَ من نصفه إذا وَرَدَ الطلاق قبل الدخول على مهر المثل، أحرَى أن لا تستحق أكثرَ من نصفه، فإذا كان مهرُ مثلها أقلَّ من عشرة دراهم، أُكْمِلَ لها خمسةُ دراهم، لأن العشرة مستحقّةٌ بالعقد لا مَحَالة، أو غيرُ جائز استباحة البُضْع بأقلَّ منها، فلا يُنْقَصُ قبل الدخول مِن نصفها.

مسألة: [إذا اختلافُ الزوجَيْن في قَدْرِ الصداق، والنكاحُ قائم بينهما]

قال: (وإذا اختلَفَ الزوجان في الصَّداق، والنكاحُ قائمٌ بينهما فإن أبا حنيفة ومحمداً قالا: القولُ قولُ المرأة إلى مهرِ مثلِها، والقولُ قولُ الزوج فيما زاد.

وقال أبو يوسف: القولُ قولُ الزوج في المهر، طلَّق أو لم يُطلِّق إلا أنْ يأتِيَ بشيءٍ مستنكَرٍ، فلا يُصَدَّق)، لأنّ كلَّ واحدٍ منهما غير مصدَّق على صاحبه، ألا ترى المتبايعَيْن إذا اختلفا في الثَّمَن، كان اختلافهما فيه مانعاً من صحة تسمية الثمن، ولذلك وَجَبَ فسخ البيع إذا تَخَالَفَا، فكذلك اختلافهما في المهر، إلا أنَّ عقدَ النكاح إذا لم تكن فيه تسميةٌ صحيحة، أَوْجَبَ مهرَ المثل، فالظاهر أنها قد استحَقّت مهرَ المثل بالعقد، فالقولُ قولُ مَنْ يدّعيه، لأن الظاهرَ معه، والآخرُ مدَّعٍ بخلافِ الظاهر.

---

(1) درع المرأة قميصها، كما في مختار الصحاح (درع)، والملحفة: هي الملاءة التي تلتحف بها المرأة، كما في المصباح المنير (لحف).

وأيضاً لَمَّا لم تُصَدَّقِ المرأةُ على الزيادة،كذلك لا يُصَدَّق الزوجُ على أَنْ يستَحِقَّ بُضْعَها بما يقول من النُّقْصان،لأن كلَّ واحدٍ منهما ليس بأولى بالتصديق مِن صاحبه،فإذا لم يُصَدَّق واحدٌ منهما،أَوْجَبْنَا مهرَ المثل،كأنه لم يُسَمِّ شيئاً.

وليس هذا بمنزلة اختلافهما في الجُعْل الذي وَقَعَ عليه الخُلْع،ولا كالعِتق على مال،والصُّلْحِ مِن دَمِ العمد على مالٍ إذا اختَلَفَا فيه،فيكون القولُ قولُ مَنْ لَزِمَه المالُ عندهم جميعاً،لأن هذه العقود إذا عَرِيَت مِن التسمية لم يجب بها شيء،وعقدُ النكاح إذا /خَلَا مِن التسمية أَوْجَبَ مهرَ المثل. /٢٠٦

فإن قال قائل:فهلَّا كان اختلافُهما في المهر بعدَ صحة العقد، كاختلافِ البيِّع والمشتري في الثمن بعد هلاكِ السلعة،وذلك لأنه لايَلْحَقُه الفسخ بالاختلاف،كما لايلحق الهالك.

قيل له:البُضْعُ بمنزلة السلعة القائمة،لا المستَهلَكَة،والدليل على ذلك أنَّ لها أن تَمنَعَ نفسَها بالمهر،كما يمنعُ البيِّعُ السلعةَ لاستيفاء الثمن.

وأيضاً فإن البُضْعَ بحيث يجوز أن يؤخذَ عنه بدل في ردِّه إلى مِلْكِهَا في الخُلْع،فكان بمنزلة السلعة القائمة التي يجوز أخذ البدل عنها،فلذلك كان الأمرُ فيه على ماوصفنا.

وجَعَلَه أبو يوسف بمنزلة اختلاف البيِّع والمشتري في الثمن بعد هلاك السلعة،فكان القولُ قولُ المشتري في الثمن،كذلك في النكاح.

وقد رَوَى هشامٌ عن أبي يوسف أنَّ المشتري لايُصَدَّق أيضاً بعد هلاكِ المبيع على شيءٍ مستَنكَرٍ مِن الثمن،كما قال في النكاح.

فصل: [حكم اختلاف الزوجين في قَدْر المهر وقد طلقها قبل الدخول]

قال:(وإن طَلَّقَهَا قَبْلَ الدخول،فالقولُ قولُ الزوجِ في نصف المهر في قولهم جميعاً)

وذلك لأن مهرَ المثل لايثبُتُ مع الطلاق قَبْل الدخول،فَسَقَطَ

اعتبـاره،وصارَتِ المـرأةُ مـدَّعِيَةً للفَضْل،فالقولُ قولُ الزوج فيه كالخُلْع والعِتق على مال.

[و]لمَّا(١) لم يكـن هنـاكَ مـالٌ واجب في الظاهر بـالعقد،كـان القـولُ قـولُ مَـنْ لَزِمَـه المـال،وكُلِّفَ الآخرُ البيِّنةَ على الفَضْل،إذ ليس هناك ظاهر يُرجَعُ إليه،فَحَصَلا مدَّعِياً ومدَّعِيَةً عليه.

قـال:(والقـولُ قـولُ المرأة إلى متعةِ مثلِها في هذه الحال،ولايُـصدَّق عنها)،لأنها في الظاهر مُستَحِقَّة بهذا العقد بالطلاق قبل الدخول،كما تستَحِقُّ مهرَ المثل قبل الطلاق(٢).

مسألة: [حكم دخول الزوج بامرأته لا يكون إقراراً منها بقبض الصداق]

قـال:(ولايـكـون دخولُ الزوجِ بـامـرأتـه إقْـرَاراً منها بقبضِ الصَّدَاق)،وذلك لأن المـهرَ قـد ثـبتَ في ذمة الزوج،ولايبرأ منه،أو تـقـومَ البـيـنةُ على وقوع الاستيفاء والبراءة،والدليلُ على ذلك أنَّ قبضَ المشتري للسلعة لايكون إقراراًمن البيِّع بقبض الثمن.

مسألة: [حكم ادعاء ورثةِ المرأةِ الصَّداقَ وقد مات الزَّوْجَان]

قـال:(وإذا مـاتَ الزَّوْجَان ثم ادَّعى وَرَثَةُ المرأةِ الصَّداقَ،فإنَّ أبا حنيفة لايَقْضِي بالمهر).

قـال أحمـد:المسألة مَبْنِيَّةٌ على أنَّ الأَمْرَ قد تقادَم،حتى لم يَبْقَ مِن نسائها مَنْ يُعْتَبَرُ به مهرُ مثلِها،وكذلك كان يقول شيخُنا أبو الحسن الكرخي رحمه الله.

وإذا كـان كـذلك،واحتَـجْنَا إلى القضاء بمهر المثل،ولا سبيلَ إلى القـضاء إلا مِـن جهة نـسائِها،واعتبارِ مهورهنَّ،فإذا لم يكن هنـاك مـنـهن مَـنْ يُـعْتَبَرُ ذلك به،لم يُمْكِنِ القضاءُ به،فلم يقضِ بشيء.

فـإن قـال قـائل:هلَّا حَكَمْتَ بعشرة دراهم،إذْ هي مُتَيَقَّنَة،لأن عقدَ النكاح لايخلو من إيجاب عشرة،وإن خَلا من التسمية.

---

(١) ساقطة من الأصل.
(٢) أي أن المـرأة مستحقة لمتعة المثل بعقد الزواج الذي حصل بعده طلاق قبل الدخول.

قيل له: لايجوز ذلك، وذلك لأن العَشَرة يختَلِفُ حُكْمُها في ثبوتها مِن مهر المثل أو المسَمَّى، ولايجوز أن يُحْكَم بها، أو يُعْلَمَ مِن جهتها التي منها يَثْبُت.

وأما إذا كان أحدُ الزَّوْجَيْن باقياً، فقد عَلِمْنَا أنَّ الأمَرَ لم يتقادَم، وأنه قد بقي مِن النساء مَن يُعْتَبَرُ به مهرُها.

وأما أبو يوسف ومحمد، فيوجِبَان لورَثَتِها المهرَ، وإن ماتا جميعاً وذلك لأنَّا قد تَيَقَّنَّا وجوبَ المهر، فيُحْكَمُ لورثتها بالمقدار المتَيَقَّن.

مسألة: [يجب للمرأة عشرة دراهم على مَن تزوَّجها على أقل من عشرة]

قال: (ومَنْ تزوَّج امرأةً على أقلَّ مِن عشرة دراهم، فلها عشرة دراهم)

وذلك لأن العشرة لايتبعَّضُ ثبوتها في العقد، فتَسْمِيَتُه لبعضها تسميةٌ لجميعها، كسائرِ الأشياء التي لاتتبعَّض، مثل الطَّلاق، والعفو مِن دم العمد، ونحوهما، إذا وَقَعَ بعضُه وقع جميعُه.

قال أحمد: وقال زُفَر: لها مهرُ المِثل، وجعَلَ تسميةَ ما دون العشرة، كَلَا تسمية، لأنَّ مثلَه لايكون مهراً، فصار كتسمية الخَمْر والخنزير.

والانفصال لأبي حنيفة عن ذلك مِن وجهين، أحدُهما: أنَّ مادون العشرة مما يصح أن يكون مهراً مع غيره، والخَمْر والخِنزير لايكون مهراً للمسلمة بحَال.

والوجه الآخر: أن تسميتَه لبعضِها تسميةٌ لجميعها، ولا فَرْقَ بين تسمية الخمسة والعشرة، كما لافَرْق بين إيقاع نصف تطليقة، وإيقاع تطليقة كاملة.

مسألة: [عُقْدَة النِّكَاح بيد الزوج]

قال: (والذي بيده عُقْدَةُ النكاح هو الزوج)

قال أحمد: وروي عن عليٍ عليه السلام، وعن ابنِ عباس وشُرَيْحٍ

ومجاهدٍ في آخرين،أنَّ الذي بيده عُقدةُ النكاح هو الزوج.(١) وقال بعضُهم:هو وليُّ البِكْر الذي يَمْلِك/تزويجَها.وهو قول مالك.(٢)

والحجة للقول الأول قولُ الله تعالى{ولا تَكْسِبُ كلُّ نَفْسٍ إلا عَلَيْهَا}(٣)وذلك يمنع جواز إبرائه لِمَالِها .

وأيضاً قال الله تعالى{لا تَأْكُلُوا أموالَكُم بينَكُم بالباطِلِ إلا أَنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكم}(٤) فلا تجوز هبتُه لمهرها إلا برِضَاها،وقال النبي صلى الله عليه وسلم"لا يَحِلُّ مالُ امرئٍ مسلمٍ إلا بطيبةٍ مِن نَفْسِه"(٥).واتَّفَقَ الجميع(٦) على أنَّ هِبَةَ الولي غيرُ جائزة،كسائر مالِها،فكذلك المهر.وإذا صَحَّ ذلك وَجَبَ أن يكون معنى الآية وهو قوله تعالى{أَوْ يَعْفُوَ الذِي بِيَدِه عُقْدَةُ النِّكاحِ}(٧) محمولاً على موافقة الأصول.ولأن أقلَّ أحوالِ هذا اللفظِ أَنْ يكونَ متشابهاً(٨)،وحُكْمُ المُتَشَابِه أن يُرَدَّ إلى المُحْكَم(٩)،ويُحْمَلَ على معناه قال الله تعالى{منه آياتٌ مُحكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الكتابِ وأُخَرُ متشابهات}(١٠).فجَعَلَ المُحْكَمَ أُمّاً للمتشابه،مِن حيث أَوْجَبَ ردَّه إليه وحَمْلَه عليه،لأنَّ أُمَّ الشيء ما مِنْه ابتداؤه،وإليه مَرْجِعُه .

وعلى أنَّ في لفظ الآية ما يدلُّ على أنَّ المرادَ به الزوج،لأنه قال{وأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى}(٧)،والوليُّ لا يستحقّ بعَفْوِه عن مالِ الغير فَضِيلَةً ولا ثواباً.

قال{ولا تَنْسَوُا الفَضْلَ بَيْنَكم}(٧)،ولا يكون الوليُّ مُتَفَضِّلاً بهبة مالِها .

---

(١) جامع البيان للطبري ٥٤٤/٢-٥٤٥،سنن البيهقي ٢٥١/٧.
(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٠٧/٣،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٢٧/٢.
(٣) من سورة الأنعام،آية رقم/١٦٤.
(٤) من سورة النساء،آية رقم/٢٩.
(٥) تقدم ص/١٩٥،حاشية (٧).
(٦) جامع البيان للطبري ٥٤٩/٢.
(٧) من سورة البقرة،آية رقم/٢٣٧.
(٨) المتشابه:اسم لما انقطع رجاء معرفة المراد منه في الدنيا،لمن اشتبه فيه عليه،كما في أصول السرخسي ١٦٩/١،فتح الغفار ١١٦/١.
(٩) المحكم:ما أحكم المراد به عن احتمال النسخ والتبديل كما في أصول السرخسي ١٦٥/١،فتح الغفار ١١٣/١.
(١٠) من سورة آل عمران،آية رقم/٧.

وأيضاً فإن الوليَّ ليس بيده عُقْدَةُ النكاح،ولا كانت بيده أيضاً فيما سَلَف،وذلك لأنَّ قولَ القائل:بيدِ فلانٍ كذا،يقتضي أنْ يكون واقعاً حاصلاً في يده،وهذه صفةُ الزوجِ دون الولي.

فإن قيل:فالزوج ليس بيده عُقْدَة النكاح بعد الطلاق.

قيل له:قد كان بيده،فيجوز أن يكون المراد:الذي كان بيده، ولو حَمَلْنَاه على الولي،لم يصحَّ بحال.لأنَّه ليست العُقْدَةُ في يده. ولا كانت في يده قَطّ،لأن عُقْدَةَ النكاحِ بيد مَن مَلَكَ البُضْعَ،ويملكُ إبطالَه،كما مَلَكَ عَقْدَه،والوليُّ لا يَمْلِكُ شيئاً من ذلك.

وأيضاً قوله{الذي بيده عُقْدَةُ النكاح} المرادُ به النكاح المُتَقَدِّم،ودخولُ الألِفِ واللَّامِ على النكاح يدلُّ على أنَّه تعريفٌ أرادَ به النكاحَ المتقدِّم،وهو الزوج لا الولي.

وأيضاً قد أجازعفوَها في حالِ إجازة عَفْوِالذي بيدِه عُقْدَةُ النكاح وإذا جازَ عَفْوُها،لم يجز عَفْوُغيرِها عليها،لأنَّها غيرُمولَّى عليها.

فإن قيل:فَمَا معنى عَفْوُ الزوج.

قيل له:إن كانَ قد أَعْطَاهَا المهرَ،فعَفْوُه أنْ لا يأخذَ منها ويَتْرُكَهُ لها،وإن لم يكن أعطاها،فعَفْوُه إكمالُ الصَّداق لها،وقد سمَّى ذلك عَفْوَاً،لأن العفوَ هو التَّرْك في مثل ذلك(١)،كما قال النبي صلى الله عليه وسلم"أَحْفُوا الشَّوَارب،وَأَعْفُوا اللِّحَى"(٢).

"وروي أن جُبَيْر بن مُطْعِم طَلَّق امرأتَه ولم يمَسَّها،وقد فرَضَ لها صَدَاقاً،فأكمَلَ لها الصَّداق،وقال نحن أحقُّ بالعفو"(٣)،فسمَّى إكمالَ الصَّداق لها عفواً.

مسألة: [للمرأة أنْ تَهَبَ مهرَها للزوج]

قال:(وللمرأة أن تَهَب مهرَها للزوج،دَخَلَ بها أو لم يَدْخُل) لقول الله تعالى{فإن طِبْنَ لكُمْ عن شيءٍ منه نَفْسَاً فَكُلُوهُ هَنِيْئاً مَرِيئاً}(٤)،وكَمَا جازتْ هِبَتُها في سائر مالِها،جازَتْ في مهرِها.

---

(١) القاموس المحيط (عفو).
(٢) صحيح البخاري،اللباس،باب تقليم الأظافر ٣٤٩/١٠،صحيح مسلم،الطهارة،باب خصال الفطرة (٢٢٢/١).
(٣) جامع البيان للطبري ٥٤٦/٢.
(٤) من سورة النساء،آية رقم/٤.

مسألة: [لأبي البِكْر وجَدِّها قبضُ صَدَاقِها، ويَبْرأُ الزوجُ]

قال: (ولأبي البِكْر قَبْضُ صَدَاقِها، ويَبْرَأُ الزوجُ)

قال أحمد: وهذا استحسان، وذلك لأنها لَمَّا كان مِن عادتِها أنها تستحيي مِن المطالبة به، صار سكوتُها فيه رِضاً بقبض الأب، كما كان سكوتُها رِضَا بالنكاح، لأنها[(١)] تستحيي أنْ تتكلَّم به.

قال: (وكذلك الجَدّ بمنزلة الأب، وليس سائرُ الأولياء كذلك) وذلك لأن سائرَ الأولياء لا يستَحِقُّون التصرُّفَ في المال بوجه، والأبُ والجَدّ يستحقَّان التصرُّفَ في المال في حال الصِّغَر، فبقيتْ ولايتُهُما في التصرُّف بعد الكِبَر في قبض مهر البِكْر ما لم يُتَّهَمَا، لِمَا وَصَفْنَا.

مسألة: [حكم ظهورُ العَيْبِ في العبدِ المهرِ]

قال: (وإذا تزوَّجت المرأةُ على عَبْدٍ، فوجَدَتْه مَعِيْبًا، فإن كان عَيْبَاً فاحِشَاً رَدَّتْه، وأخَذَتْ قيمَتَه، وإن كان غيرَ فاحِشٍ، لم تردَّه، ولم تَرْجِعْ بشيء)

وذلك لأنَّ العيبَ إذا كان فاحِشَاً، فقد عَلِمْنَا أنه يُسْتَدْرَكُ بالرَّدّ حقاً[(٢)]، وهو تمامُ قيمتِه صحيحاً، وإنما رُجِعَ بالقيمة بعد الردّ، لأن العقدَ لم ينفسِخْ بالرد، بل هو قائم، فوَجَبَ تسليمُ العبد لِمَا وَصَفْنَا، مثل العبدِ المغصوب، والمقبوضِ عن عقدٍ فاسد، أنَّ القبضَ الموجبَ لضمان القيمة لَمَّا كان قائماً، لم يكن فَوْتُ العَيْن مُسْقِطاً لضمان القيمة.

وأمَّا إذا كان عَيْبَاً غيرَ فاحشٍ فإنها لاترجعُ بشيء، لأنَّ هذا القَدْرَ مِمَّا يدخُلُ بين تقويم المقوِّمين، فلا يُعْلَمُ أنها تستدرك بالردّ حقاً، فكذلك لم يكن لها الرد إذا كانت العَيْنُ أعدلَ من القيمة، وإنما لم يكن لها أنْ تُمْسِكَ العبد، وترجعُ بنقصان العيب إذا كان العيب فاحشاً، لأن الأَتْبَاع لاتُضْمَنُ بالعقود، وتُضْمَن بالقُبُوض، لأنها لا يصحُّ إقرارها بالعقد، وقد يصح إقرارها بالقبض.

---

(١) في الأصل (لأن).
(٢) في الأصل (حطا).

مسألة: [حكم ظهور حرية العبد المهر]

(ولو تزوَّجها على عبدٍ بعَيْنِه، فوَجَدَتْه حُرّاً، ففي قول أبي حنيفة ومحمدٍ لها مَهْرُ مثلِها)

وذلك لأنه لاحَظَّ للتسمية مع التعيين، والدليل على ذلك أنه لو قال: تزَوَّجْتُكِ على هذا الكَلْب، أو على هذا الحِمَار، وأشارَ إلى عبدٍ بعينه /يصحّ العقدُ عليه، ولم يكن تسميتُه إياه بالكلب ٢٠٨/

والحِمار مانعةً مِن صحة العقد عليه، وصار بمنزلة قوله: تزوجتكِ على هذا العَبْد، وقد قالوا جميعاً: لو قال لها: تزَوَّجْتُكِ على هذا الخَمْر، فإذا هو خَلٌّ، أنَّ العقدَ جائز على الخَلّ، ولم يكن للتسمية حُكْمٌ، فكذلك إذا كانت العينُ المشارُ إليها ممَّا لا يصحّ دخوله تحتَ العقد بحال، لم تصح تسميتُه، ووجَبَ لها مهر المثل، كأنه قال: تزَوَّجْتُكِ على هذا الحُرّ.(١)

وقال أبو يوسف: لها قيمتُه لو كان عبداً(٢)، لأنه لَمَّا لم يصح دخول العين تحت العقد، وكان عقدُ النكاح مما يصح على عبدٍ بغير نفسه، صار كأنه قال: قد تزَوَّجْتُكِ على عبدٍ مثلَ هذا الحُرّ.

قال: [حكم استحقاقُ العبدِ المهرِ]

(ولو استُحِقَّ، ولم يكن حُرّاً، فلها القيمة في قولِهم جميعاً) مِن قِبَل أن ورودَ الاستحقاقِ لا يمنعُ دخولَه تحت العقد، ألا ترى أن المالِكَ لو أجازه جاز، فلمَّا صَحَّ العبد تسميةً، ثم تعذَّر التسليم بالاستحقاق، وَجَبَت القيمة، مثلَ موته في يدِ الزوج.

قال أحمد: ولو تزوَّجها على هذا الدَّنّ الخَل، فإذا هو خمر، وعلى هذه(٣) الشاة المذبوحة، فإذا هي ميتة، كان الجوابُ فيه، كهو في الحُرّ في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف، لها مثل الدَّنّ خَلّاً، ولها قيمة شاة مذبوحة، وأما محمدٌ فإنه فرَّق بين الخمر وبين الشاة والحر، فقال: إذا وُجِدَ الدَّنُّ خمراً، فلها دَنُّ خَلٍّ، وإذا

---

(١) في الأصل (الحكم).
(٢) أي لو كان هذا الحر عبدا، كما في تبيين الحقائق ٢/١٥١.
(٣) في الأصل (هذا).

وُجِدَ العبدُ حراً، أو الشاة ميتةً، فلها مهر المثل، وأَصْلُه في ذلك أن المشارَ إليه إذا كان مِن جنس المسمَّى، أسقطَ اعتبارَ التسمية، واعتبرَ العَيْنَ، فإذا كانت العين ممَّا لا يصح دخولُه تحت العقد، أَوْجَبَ مهرَ المثل، والحُرُّ مِن جنس العبد، وكذلك الميتة مِن جنس الذَّكِيَّة، وإنما اختلافُ الحُرّ والعبد والميتة والذَّكِيَّة من طريق الحُكْم لا لاختلافهما في أنفسهما، وإذا كان كذلك اعتبرَ العين وأُلْغِيَت التسمية، كأنه قال: تزوَّجْتُكِ على هذا الحر، وهذه الميتة.

وأما إذا كان المشار إليه مِن غير جنس المسمَّى، فإنه يُلْغِي العينَ، إذ[(١)] لم يصحَّ دخولُها تحت العقد، ويعتبر التسمية مثل الخمر والخل، لأن الخَمْر من غير جنس الخَل، فعلَّق الحكم بالمسمَّى وأَلْغَى حكمَ العين، وصار كأنه قال: تزوَّجْتُكِ على هذا الدَّنّ خَلاًّ.

مسألة: [جوازُ كونِ المهر وَصِيفاً]

قال: (وإذا تزوَّجَ المرأةَ على وَصِيف[(٢)]، فهو جائز، ولها الوَسَطُ من ذلك)

قال أحمد: الأصل في ذلك أنَّ عقدَ النكاح جائزٌ على مهر المثل، فهي تسمية صحيحة، وما كان جهالتُه أكثر من جهالة مهر المثل، فمهر المثل أولى منه، لأنَّ الذي أُجيزَ من الجهالة فيه، إنما هو مقدار جهالة مهر المثل، فما كان فوق ذلك من الجهالة فهي منتَفِيَة، وهذا الضَّرْب من الجهالة جائزٌ في كلِّ عقدٍ لا يمنعُ فسادَ البدل من وقوعه، نحو العتق، والطلاق، ودم العمد، لأن هذه الأشياء ليست بمال، ولا حقّاً في مال، وفسادُ البدل لا يمنع صحة وقوعه، فجاز مِن أجل ذلك هذا الضرب من الجهالة فيه.

وقد يمكن أن يردَّ ذلك إلى أصل قد ثبتت صحته، وهو النكاح، لَمَّا كان فسادُ البدل فيه غيرُ قادح في صحته، جاز على مهر المثل فقِسْنَا عليه كلَّ ماكان في معناه، وإن شئتَ جعلتَ وجوبَ ديةِ الخطأ

---

(١) في الأصل (اذا).
(٢) الوصيف: الخادم، غلاما كان أو جارية، كما في المصباح المنير (وصف)، القاموس المحيط (وصف).

وهي مجهولة أيضاً للصلح من دم العمد، والخُلع، والنكاح، والعتق، وجمعتَ بينهما بالعلة التي ذكرنا، وهي أن فسادَ البدل لا يمنع صحةَ وقوعه، لأنه لو صالَحه من دم العمد على خَمْر أو خِنزير، لصحّ العفو، وكذلك العِتق والطلاق والنكاح، فإذا صحَّ هذا الأصل قلنا إن عقدَ النكاح جائز على وَصِيْفٍ، لأنه أقل جهالة من مهر المثل، لأن الواجبَ لها الوسط من ذلك، والوسطُ منه أقلُّ جهالة من مهر المثل، لأن تقويمَ الأموال جهالةٌ أيسرُ من تقويم الأَبْضَاع.

والأصل في إيجاب الوسط منه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أَيُّمَا امرأةٍ نُكِحَتْ بغير إذن مواليها، فنكاحُهَا باطل، فإن دَخَلَ بها، فلها مهرُ مثلِ نسائِها، لا وَكْسَ ولاشَطَطَ" (١)

"وقضى عليه السلام لبِرْوَع بنتِ وَاشِق، وقد ماتَ زوجُها قَبْلَ أنْ يفرضَ لها، أنَّ لها مهرُ مثلِ نسائِها لا وَكْسَ ولا شَطَط" (٢)

فأوجبَ الوسَطَ من ذلك، فلذلك قُلْنَا في الوصيف إذا طَلَّقَ أنَّ لها الوسط منه.

قال: (وقيمةُ الوصيفِ الأبيض خَمْسُون ديناراً في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد على قَدْرِ الغَلَاء والرُّخْص)

قال أحمد: ليس هذا الذي ذَكَرَه اختلافاً بينهم، وقولُهم جميعاً في ذلك واحد، ولكنَّ أبا حنيفة أجابَ بما كانت عليه قيمة الوصيف في وقتِه، ولم يقل لا يجوز غيرها إن زادت القيمة أو نَقَصَت، وأجاب أبو يوسف ومحمد عن الواجب منه في سائر الأوقات.

مسألة: [حكم تزوُّج المسلمِ امرأةً على خَمْر أو خنزير]

قال: (ومَنْ تزوَّجَ وهو مسلمٌ امرأةً على خَمْرٍ أو خنزير، فالنكاح جائز، ولها مهر المثل)

وإنما جازَ النكاح، لأن عَدَمَ البدل لا يقدَح في عقد النكاح، ففسادُه أَحْرَى أن لا يقدَح فيه، وأيضاً النكاح لا تُفْسِدُه الشروطُ

---

(١) تقدم ص/٤١١، حاشية (٣).
(٢) تقدم ص/٧٠٧، حاشية (٣).

الفاسدة،لأنَّ كلَّ عقدٍ يصحّ على بدلٍ مجهول،لا يُفسِدُه الشرط،لأن الشرطَ الفاسد ليس بأكثر غرراً من جهالة / البدل. /ح٠٩

ووجب مهر المثل،لأن عقد المسلم لا يصح على الخمر بحال،فلم تثبت تسمية،اذ لم يدخل تحت العقد،ألا ترى أنه لا يجوز أن تلحقه اجازة.

مسألة: [حكم مَنْ تزوّج امرأتين على مهر معين]

(ومَنْ تزوّجَ امرأتَيْن على ألفٍ درهم،قُسِمَ على مهر مثلِهما)، وذلك لأنه جَعَلَ الألفَ بدلاً من بُضْعَيْهما،فوَجَبَ أن يُقْسَمَ على قيْمَتِهما،وهو مهرُ المثل،كما لو اشترى عبْدَيْن بألفٍ درهم،قُسِمَ الثمن على قيمتهما.

مسألة: [إذا اختلف مهر السرّ والعلانية أخذ بمهر السرّ]

قال:(ومَنْ تزوّجَ امرأةً على صَداقٍ في السِّرّ،وأسْمَعَ في العلانية أكثرَ منه،واتَّفَقَا على ذلك،فالمهرُ مهرُ السِّرّ،وما أظهرَاه في العَلانِيَة فهو كَذِبٌ ليس بتسمية،فإن اخْتَلَفَا أُخِذَ بالعلانية)،لأنّا لا نَعْلَمُ ما كان في السِّرّ.

مسألة: [حكم ما لو تصرفت المرأة في المهر باستغلال ونحوه]

قال:(وإذا أغَلَّ العبدُ[(١)] المهرُ عند المرأة،ثم طَلَّقَها قَبْلَ الدخول،فله نصفُ العبد،والغَلَّةُ كلُّها للمرأة)،لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم "أنه قَضَى فيمَن اشترى عبداً،فأغَلَّ عبدَه،ثم وَجَدَ به عَيْباً أنه يردُّه،وتكون الغَلَّةُ له بالضَّمان"[(٢)]

قال:(ولو نَقَصَ العبدُ عندها قبل الطلاق،ثم طَلَّقَها،فهو

---

(١) الغلة:كل مايحصل من ريع أرض،أو كرائها،أو أجرة غلام، ونحو ذلك،كما في المغرب ٢/١١٠،والمراد هنا أنها استغلته حتى حصل لها منه فائدة،والله أعلم.

(٢) سنن أبي داود،البيوع،باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله،ثم وجد به عيبا ٣/٧٨٠وقال:هذا اسناد ليس بذاك،وأخرجه الترمذي مختصرا،البيوع،باب ماجاء فيمن اشترى العبد،ويستغله ثم يجد به عيبا ٣/٥٨٢ وقال حديث حسن صحيح غريب،وقال:وتفسير الخراج بالضمان:هو الرجل يشتري العبد،فيستغله،ثم يجد به عيبا فيرده على البائع فالغلة للمشتري،لأن العبد لو هلك،هلك من مال المشتري ا.هـ،وقد صحح الحديث ابن القطان،كما في التلخيص الحبير ٣/٢٢.

بالخيار،إن شاءَ أخَذَ نِصْفَه ناقصاً،ولا شيءَ له غيره،وإن شاءَ ضَمَّنَها نصفَ قيمتِه يومَ القَبْض)

وذلك لأنها قد لَزمَها ردُّ نصفِه إليه صحيحاً كما قَبَضَت،كما يلزم الزوجُ تسليمَه إليها كما اقتَضاه العقدُ من الصحة،فإذا نَقَصَ فللزوج أنْ يعدِل إلى القيمة،ليَسْتَوفِيَ القيمة التي استحقَّ ردَّها إليه،وليس له أن يضمِّنَها النقصان ويأخذ نصفَ العبد،مِن قِبَلِ أن النقصان حَدَثَ ولا حقَّ فيه لأحَدٍ،فلم يكن مضموناً.

قال:(ولو أَحْدَثَتْ في الدارِ المَهْرِ بناءً،ثم طَلَّقها قبل الدخول،لم يكن له سبيلٌ على الدار).

وذلك لأنها بَنَتْ ولا حقَّ لأحدٍ فيها،فليس للزوج أنْ يَنْقُضَه،ولا يُمْكِنُه أخذُ نصفِ الدار دون البِنَاء،لأنَّ فيه إيجاب نقضِ البناء،وقد بَيَّنَّا أنه لا سبيلَ له إلى نقضه،ولا يمكنه أخذها مع البناء لأنه مِلْكُها،فلما تعذَّر الرَّدّ من جميع الوجوه،ضَمِنَت القيمة،وأيضاً فالبناء مع الأصل بمنزلة الوَلَد،ولو كان المهرُ جاريةً،فولدت في يَدِها،ثم طَلَّقها قبل الدخول كان له نصفُ قيمَتِها لاغير وكان حدوثُ الولد مانعاً من فسخ العقد في الأصل،كذلك البِنَاء.

مسألة: [زيادةُ الجارية المهر قبل طلاقها،ولم يدخل بها]

قال:(وإذا زَادت الجاريةُ في بَدَنِها في يدِ المرأة،ثم طَلَّقَها قبل الدخول،فلا سبيلَ على الجارية،ويأخذُ نصفَ قيمتِها يوم قَبَضَت في قول أبي حنيفة وأبي يوسف)

وذلك لأن هذه الزيادةَ حادِثَةٌ في ضمان المرأة،في حالٍ لم يكُنْ لأحدٍ فيها حق،فصارت كالولد،ومَنَعَت الرجوعَ في الأصل.

ولم يفرِّق أبو حنيفة بين الزيادة المتَّصِلَة والمُنْفَصِلة،إذ كلُّ واحدةٍ منهما حادِثةٌ في ضمان المرأة ومِلْكِها،مِن غير حقٍ لأحد فيها.

وأما محمد فإنه فَرَّقَ بين الزيادة المتَّصِلَة والمُنْفَصِلَة،فقال في الزيادة المنفصلة إنها تمنعُ الرجوعَ في الأصل،كما قال أبو حنيفة،وقال في الزيادة المتَّصِلة إنها لا تَمْنَعُه،لأن المتَّصلة تابِعَةٌ للأصل،لا حُكْمَ لها في نفسها،والمنفصلة منفردةٌ بِحُكمِها

بعد مباينتها للأصل، ألا ترى أنَّها لو زَادت في بَدَنِها عند الزوج ثمَّ قبضتها، ثم ارتَفَعَت الزيادة، ثم طَلَّق قبل الدخول أنه يأخذُ نصفَها لا غير.

ولو كانت ولَدَت في يده، ثم قَبَضَتْها(١)، فهلَكَ الولدُ، ثم طَلَّقَها أنه يضَمِّنُها نصفَ قيمة الولد، فاخْتَلَفَ حُكْمُ الزيادة المتَّصِلَة والمنفصلة.

والولدُ الحادِث في يدِها يقطعُ حقَّ الزوج في أخذها بالطلاق قبل الدخول، مِن قِبَل أن الولدَ غيرُ داخلٍ في العقد، وهو مع ذلك موجَبٌ بالعقد، على ما بيَّنَّا في الردِّ بالعيب في أبواب البيوع(٢).

مسألة: [حكم طلاق المرأة قبل الدخول وقد سلَّمَها العبدَ المهرَ]

قال: (ومَنْ تزوَّج امرأةً على عبدٍ، وسلَّمَه إليها، فقَبَضَتْه منه، ثم طَلَّقَها قبل الدخول، فإن نصفَ العبد في يدِها على حُكْمِ ملكٍ فاسدٍ حتى تُسَلِّمَه إلى الزوج، أو يقضي به القاضي له)، وذلك لأن العقدَ الموجب كان للمِلك بَدْءاً وقد ارتفع بالطلاق، فوَجَبَ فسخُ الملك في المهر، ولم ينفسخ مِلكُها بنفس الطلاق، مِن قِبَل أن التسليطَ الذي به صَحَّ لها الملك قائمٌ مع القبض، والتسليطُ عن العقد متى اتَّصلَ به القبض أوجبَ المِلكَ مع فساد العقد، كالمقبوض عن بيعٍ فاسدٍ، لما اتصل القبض بتسليط عن عقد، وقع به الملك مع فساد العقد، وكذلك ما وصفنا، لَمَّا كان التسليطُ الواقعُ عن العقد بَدْءاً مع القبض، فإنما وَجَبَ أن يكون الملكُ باقياً حتى ينفسخ.

مسألة: [للمرأة منعُ نفسِها حتى تستوفِيَ مهرَها العاجل]

قال: (ومَنْ تزوَّجَ امرأةً على صَدَاقٍ عاجلٍ، فلها أن تَمْنَعَه نفسَها حتى يوفِّيَها جميعَ الصَّداق)، كما للبيِّع منعُ المبيع حتى يستوفِيَ الثمن، إذ كان المهرُ بدل البُضْع، كالثمن بدلُ المبيع.

---

(١) في الأصل (قبضها).
(٢) ص/١٢٤.

(وإن دخل بها برضاها،فلها أَنْ تمنَعَه نفسَها أب
يوفيها المهر في قول أبي حنيفة،وقال أبو يوسف ومحمد
بها برضاها،فليس لها أن تمنَعَه نفسَها بعد ذلك)
وجه قول أبي حنيفة أنَّ المهرَ بدل عن كلِّ وطءٍ يقع/في
ولايجوز أَنْ يُقَال إنه بدل عن بعض ما يقع من الوطء ف
بعض،لأنه لو كان كذلك،لكان مستبيحاً للوطء الثاني بغ
وهذا فاسد،فلمَّا كان المهر بدلاً عن الوطء الثاني،كهو عن
الأول،وكان لها أَنْ تمنَعَه الوطء الأول بالمهر،كذلك الثا

وليس كالمَبيع إذا رضي البيِّع بتسليمه إلى المش
قبض الثمن،فلا يكون له بعد ذلك حبسُه،ولا أخذُه من يد
من قِبَل أن المبيع ليس له إلا تسليم واحد،والنكاح تَـ
[عن] (١) كل وطء يقع فيه.

ويفارق الإجارة أيضاً من قِبَل أنه لا يستحق الأجر
التسليم واستيفاء جميع المنافع.

ويدل على صحة ما ذكرنا أن المهر بدل عن كل وطء
النكاح،أنه لو دَخَلَ بها وهي مكرَهَة،كان لها أنْ تمنَعَه
حتى تستوفي المهر،فدل على أن المهر بدل عن الوطء
كهو عن الأول.

مسألة: [جواز الزيادة في المهر مع ال

قال:(وتجوز الزيادة في المهر إذا تراضيا بها)
لقول الله تعالى{ولا جُنَاح عليكم فيما تراضيتم به
الفريضة} (٢)،وظاهر هذا اللفظ يقتضي جوازَ الزيادة و
وأيضاً فإنهما يملكان العقد،فجاز أن يزيدا فيه،كما
يتساهلا فيه بَدْءاً في حال وقوعه،إذ كانا مالكَيْن للعقد

والدليل على أنهما مالكَيْن للعقد قبل وقوعه،
للزوج أن يعاوضها على البُضْع،فيأخذ منها بدله بالخلع

---

(١) ساقطة من الأصل،والمراد أن البدل في النكاح يُستَ
وطء يقع فيه.
(٢) من سورة النساء،آية رقم/٢٤.

ضاً حتى
إن دخل

نكاح، ١٠/ح
يه دون
ر بدل،
الوطء
ي.
ري قبل
لمشتري
تحق به

إلا بعد

يقع في
طاً آخر
لثاني،

راضي]

مِن بَعْدِ
نقصان،
جاز أن

نه جائز

قٌ عن كل

قال: [بطلانُ الزيادةِ على المهر بالطلاق قبل الدخول]

(فإن طلّقها قبل الدخول بَطَلَت الزِّيادة). وذلك لأنّها تَلْحَقُه بالعقد، والعقدُ قد بَطَلَ، فَبَطَلَ ما أُلْحِقَ به، ولأنّ هذه الزيادة لم تكُنْ مسمّاةً بالعقد، وكلُّ ما لم يكُنْ مسمّى في العقد، فإن ورودَ الطلاق قبلَ الدخول يُبْطِلُه، والدليلُ على ذلك أنّه لو تزوّجها على غيرِ مهر، وجَبَ لها مهرُ المثل، ويُسْقِطُه الطلاقُ قبل الدخول إذا لم يكن مسمّى في العقد.

مسألة: [بطلان الزيادة في المهر إن كان مما يثبت في الذمة]

قال: (ومَنْ تزوّج امرأةً على دَنانير أو دَراهم بأعيانِها، كان له أن يُعْطِيَها غيرَها، وكذلك الفُلوسُ النّافِقَة، فأمّا ما سِوَى ذلك إذا عُقِدَ عليه بعينه، فليس له أنْ يعطِيَها غيرَه)

وذلك لأنّ هذه الأصناف الثلاثة لَمَّا كانت أثمانَ الأشياء، وصَحَّ العقد عليها في البيوع على الإطلاق من غير ذِكْر صفة، دَلَّ على أن العقدَ يقتضي ثبوتَها في الذمة، وتعيينُها يمنعُ ثبوتَها في الذمة، وقد بيَّنّا أنّ ثبوتَها في الذمة من موجَب العقد، فلا ينتفي موجَبُه مع وجوده، فلذلك ثبتت في الذمة مع التعيين، وإذا ثبتت في الذمة امتنعَ وقوعُ الملك في العين بالعقد، لأنه لا يجوز أن يستحقّ مِلكَ العينِ (١)، وما في الذمة، وأمّا ما سوى هذه الأصناف التي ذكرنا، فإنه لا يصحّ فيه عقود البياعات وإثباته في الذمة إلا مضبوطاً بصفة، فعمل التعيين في استحقاق عينه، إذ ليس يقتضي العقد ثبوته في الذمة.

فإن قال قائل: إنما جاز عقدُ البيع على دراهم في الذمة على الإطلاق، لجريان العادة فيها بنَقْدٍ معلوم، فصار جريان العادة فيه بمنزلة اللَّفْظ، وما سواها لم يَجْرِ من الناس به عادة في شيء موصوف معلوم، فعمل بإطلاق اللفظ عليه.

---

(١) في الأصل (مالك).

قيل له: فلهذه العلة بعينها اختلف حُكْمُها، وحُكْمُ غيرها من سائر العروض؛ إذ جاز أن يكون من الناس عادةٌ تقتضي إثبات الدراهم والدنانير والفلوس في الذمة على الإطلاق، ولم يجر منهم عادة في غيرها، وقد بيَّنَّا هذه المسألة في غير هذا الموضع.

مسألة: [حكم طلاق المرأة قبل الدخول، وقد وهَبَتْه مهرَها]

قال: (وإذا وَهَبَت المرأةُ المهرَ للزوج قبل القبض، ثم طلَّقها قبل الدخول، فلا شيء له عليها) لأن الذي كان يستحقه الزوج بالطلاق، قد رَجَعَ إليه بعقدٍ لا يوجب ضماناً عليها، وهو عقد الهبة لأن عقدَ الهبة لا يوجب ضماناً على الواهب.

ولو قبَضَتْه، ثم وهَبَتْه له، ثم طَلَّق قبل الدخول، فإن كانَ مِمَّا لم يكن يستحقُّ الزوجُ عينَه بالطلاق، فعليها فيه ضمانُ نصفِ المهر، وما كان يستحقه الزوج بعينه فلا ضمان عليها فيه، فالدراهم والدنانير والمَكيل والمَوزون إذا عَقَدَ عليها في الذمة، ثم سَلَّمَها إليها، ثم طَلَّق قبل الدخول، فإن الزوج لا يستحق عينَها، وإنما يستحق الزوج عليها نصفَها في الذمة، كما استحَقَّتْهَا هي على الزوج بالعقد في الذمة، فلا تُسْقِطُ عنها الهبةُ ضمانَ مايستحقه الزوج في ذمتها.

وأما الثياب والعبيد ونحوها، فإن الزوج كان يستحق نصفَها بعينه في الطلاق قبل الدخول، وقد رَجَعَتْ إليه بعقدٍ لا يوجب ضماناً عليها، فلذلك لم تَضْمَنْها.

مسألة: [حكم من تزوج امرأة على مهرٍ تُقَدِّره هي أو هو]

قال: (وإذا تزوَّج المرأةَ على حُكْمِه أو على حُكْمِها، فهو بمنزلة مَنْ لم يُسَمِّ مهراً)

وذلك لأن جهالتَه أكثرُ من جهالة مهرِ المثل، وكان مهر المثل أعدلَ منه.

مسألة: [لا نفقة على الزوج للصغيرة]

قال: (ولا نَفَقَةَ على الزوجِ للصغيرة التي لا يُدْخَلُ بمِثْلِها). لأن النفقةَ إنَّما تُسْتَحقُّ بتسليمِها نفسَها في بيتِ زوجها. بدلالة أنَّ الناشِزَ لا نفقةَ لها. لعدم التسليم. والصغيرة لا يصح منها التسليم.

[وجوبُ النفقة على الزوجِ الصغير للمرأة الكبيرة]

(ولو كانَ الزوجُ صغيراً والمرأةُ كبيرةٌ. فلها النفقة إذا انْتَقَلَتْ إلى بيتِه) لأن التسليمَ في بيتِ الزوج قد صَحَّ مِن جِهَتِها. والله أعلم.

* * * *
* * *

/١١ح/

/باب الوَلِيْمَة وعِشْرَةِ النِّسَاء

قال أبو جعفر: [حكم إجابة الدَّعوة إلى وليمةِ العُرْس]

(ولا ينبغي التخلُّف عن إجابة الدَّعوة إلى وليمةِ العُرْس)

وذلك لما رَوَى مالكٌ عن نافعٍ عن ابن عمر رضي الله عنه أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال: "إذا دُعِيَ أحدُكُمْ إلى وليمةٍ فَلْيَأْتِها"(١).

وروى مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه كان يقول: "شَرُّ الطعامِ طعامُ الوَلِيْمَة، يُدْعَى إليها الأغنياءُ، ويُتْرَكُ المَسَاكِين، ومَنْ لم يأتِ الدَّعوةَ فقد عَصَى اللهَ ورسولَه"(٢).

وروى أَبَانُ بن طارق عن نافع [قال: قال ابنُ عمر](٣) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ دُعِيَ فَلَمْ يُجِبْ، فقد عَصَى اللهَ ورسولَه"(٤)

قال أبوجعفر: (ومَنْ أجابَ إليها، فقدفَعَلَ ما عليه، أَكَلَ، أولم يَأْكل)

لما روى عبيدالله عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا دُعِيَ أحدُكُم إلى وليمةٍ فلْيَأْتِها، فإن كان مُفْطِراً فلْيَطْعَم، وإن كان صائماً فَلْيَدْعُ"(٥).

قال: [حكم حضورُ الدَّعوة التي فيها لَهْو]

(وإن أجابَ إليها فَرَأى هناك لَهْواً، لم يكن عليه أنْ يَنْصَرِفَ عنها لذلك) وذلك أنَّ إجابةَ الدَّعوةِ سُنَّة، فلا ينبغي أنْ يَتْرُكَها

---

(١) صحيح البخاري، النكاح، باب حق اجابة الوليمة والدعوة ٢٤٠/٩، صحيح مسلم، النكاح، باب الأمر باجابة الداعي ١٠٥٢/٢.
(٢) صحيح البخاري، النكاح، باب من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله ٢٤٤/٩، صحيح مسلم، النكاح، باب الأمر باجابة الداعي ١٠٥٤/٢، "وأول هذا الحديث موقوف، ولكن آخره يقتضي رفعه "كما في فتح الباري ٢٤٤/٩.
(٣) ساقطة من الأصل، وأثبتها من كتب السنن.
(٤) سنن أبي داود، الأطعمة، باب ما جاء في اجابة الدعوة ١٢٥/٤ وقال أبو داود: أبان بن طارق مجهول، لكن تقدم معنى الحديث في الصحيحين في حاشية (٢)، وقد ذكر رواية ابن عمر هذه ابن حجر في الفتح ٢٤٥/٩ في الزيادات، وينظر نصب الراية ٢٢١/٤.
(٥) صحيح مسلم ١٠٥٤/٢ بلفظ "وان كان صائما فليصل" وبلفظ "فليدع" عند أبي داود في الكتاب والباب السابق ١٢٤/٤.

لباطل هؤلاء، وقد روي أن الحسنَ وابنَ سيرين كانا في جَنازةٍ (١)، وهناك نَوْحٌ، فانصرفَ ابنُ سيرين، فقيل ذلك للحسن، فقال: إنْ كُنّا متى رَأَيْنا باطلاً، تَرَكْنا حَقّاً، أسرعَ ذلك في دِيْنِنا" (٢).

مسألة: [نِثَارُ العُرْس]

(ولابأس بنِثَار العُرْس، وليس بنُهبة (٣)، إنما النُّهْبَةُ ما انْتُهِبَ بغيرِ طِيْبِ أَنْفُسِ أهله)، وذلك لما روى حَمَّاد بن زيد عن أيوب عن الحسن عن أبي هريرة قال: "شهدتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم، وقد دُعِيَ إلى وليمةِ رجلٍ من الأنصار، فأجاب، وكان خاطِبَهم، فلمَّا فَرَغَ مِن خُطْبَتِه قال: دَفِّفُوا على رأسِ صاحِبِكم، فضُرِبَ بالدُّفِّ على رأسه، ثم أَتَوْا بنُهْبٍ، فأُنْهِبَ عليه، ونَظَرْتُ إلى رسولِ الله صلى الله عليه وسلم يَزْحَمُ الناسَ، ويحثُو ذلك النُّهْب، فقلتُ يارسول الله، أوَ مَا نَهَيْتَنَا عن النُّهْبَة؟ قال: نَهَيْتُكم عن نُهْبَةِ العَسَاكِر (٤) (٥)".

وروى ثَوْر عن يزيد عن خالد بن مَعْدان عن معاذ بن جَبَل نحو هذه القصة، ونُثِرَ على الرجل فاكهةٌ وسُكَّر، وكَفَّ الناسُ أيديَهم، فقالَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: "مالَكُم لاتَنْتَهِبُون؟ قالوا يارسولَ الله: أَلَمْ تَنْهَنَا عن النُّهْبَة؟ فقال: إنَّمَا نهيتُكم عن نُهْبَةِ العَسَاكِر، وأمَّا العُرُسَات (٦) فلا (٧)".

---

(١) "وهذا اذا لم يكن مقتدى به، فان كان مقتدى به، ولم يقدر على منعهم، يخرج ولايقعد، لأن في ذلك شين الدين، وفتح باب المعصية على المسلمين.. وهذا كله بعد الحضور، ولو علم قبل الحضور لايحضر" كما في الهداية للمرغيناني ٨٠/٤ واعتمده شراح الهداية، كما في البناية ٢٠٤/٩ وغيره، وفي فتح الباري ٢٥٠/٩ نقول وبيان جيد في هذه المسألة.

(٢) بلفظ قريب عن الحسن في مصنف ابن أبي شيبة ٢٨٥/٣.

(٣) الانتهاب هو الغلبة على المال، والقهر، المصباح المنير (نهب).

(٤) المقصود به والله أعلم، ماورد في صحيح البخاري، المظالم، باب النهبى بغير اذن صاحبه ١١٩/٥ وفيه "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النهبى والمثلة" قال ابن حجرفي الفتح١٢٠/٥ (وكان من شأن الجاهلية انتهاب مايحصل لهم من الغارات اهـ. فالمقصود بنهبة العساكر مايؤخذ في الغزوات قبل القسمة والله أعلم.

(٥) لم أهتد إليه بهذا اللفظ، وسيأتي بلفظ قريب في حاشية (٧).

(٦) العرس، بالضم وبضمتين طعام الوليمة، يسمى باسم سببه، وجمعها عرسات بضمتين، كما في تاج العروس (عرس).

(٧) شرح معاني الآثار ٥٠/٣، سنن البيهقي ٢٨٨/٧ وقال: في اسناده مجاهيل وانقطاع، وقال الذهبي في المغني في الضعفاء ١٣٥/٢ خبر منكر، وينظر التلخيص الحبير ٢٠٠/٣، لكن روى أبو داود في سننه، المناسك، باب في الهدي اذا عطب قبل أن يبلغ ٣٦٩/٢ وسكت عنه هو، والمنذري في اختصاره ٢٩٦/٢ وحسنه البيهقي ٢٨٨/٧ وفيه "من شاء فليقتطع" مما يدل على جواز النهبة والله أعلم.

مسألة: [العَدْل بينَ الزوجات في القَسْم]

قال: (وإذا كان للرَّجُلِ زوجتان حُرَّتان، فعليه أن يَعْدِلَ بينهما في القَسْم).

لقول الله تعالى {وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بين النِّسَاء ولو حَرَصْتُم} (١) يعني في مَحَبَّة القَلْب ثم قال {فلاتَمِيْلُوا كلَّ المَيْل} يعني بأن تُظْهِرُوا ذلك بالفعل.

وروي أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم كان يَعْدِلُ بين نسائه في القَسْم، ثم يقول: "اللهمَّ هذا قَسْمِي فيما أَمْلِكُ، فلا تؤاخِذْنِي بما تَمْلِكُ ولا أَمْلِك" (٢) يعني مَيْلَ القلب.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم "مَنْ كانت له امْرَأتان فَمَالَ إلى إحداهما دون الأخرى، جاءَ يومَ القيامة وشِقُّه مائِل" (٣).

قال: [قَسْم الأمةِ مع الحُرَّة]

(وإن كانت إحداهما أَمَة، فلها مِثْلُ نِصفِ قَسْم الحُرَّة).

وذلك لما روى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "تُنْكَحُ الحُرَّةُ على الأَمَة، ولِلحُرَّة الثلثان من القَسْم، ولِلأَمَة الثلث" (٤).

وروي نحوه عن علي كرَّم اللهُ وجهَه (٥).

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/١٢٩.

(٢) سنن أبي داود، النكاح، باب في القسم بين النساء ٢/٦٠١، سنن النسائي، عشرة النساء، باب ميل الرجل الى بعض نسائه دون بعض ٧/٦٤، سنن الترمذي، النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر ٣/٤٤٦، ورجح هو والنسائي ارساله، المستدرك للحاكم ٢/٨٧ (ووافقه الذهبي على تصحيحه، صحيح ابن حبان (موارد الظمآن) ص/٣١٧ (١٣٠٥) وقد صحح ابن حبان وصله، وكذا الحاكم، كما قال ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢/٣٩٠، لكن ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٣٩ قال: "قال أبو زرعة: لاأعلم أحدا تابع حماد بن سلمة على وصله".

(٣) سنن أبي داود، النكاح، باب القسم بين النساء ٢/٦٠١، سنن النسائي ٧/٦٣، سنن الترمذي ٣/٤٤٧ وقال لانعرف هذا الحديث مرفوعا الا من حديث همام، وهمام ثقة حافظ، سنن ابن ماجه ١/٦٣٣، المستدرك للحاكم ٢/١٨٧ ووافقه الذهبي على تصحيحه، قال ابن حجر في الدراية ٢/٦٦ "رجاله ثقات... الا أن البخاري صوب أنه من رواية حماد عن أيوب عن أبي قلابة مرسلا" ا.هـ

(٤) قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٢٠٢؟ "روي مرسلا، وعزاه في ٣/١٧١ لسعيد بن منصور، وعند البيهقي في السنن ٧/٣٠٠ من حديث سليمان بن يسار قال: من السنة... وروى أبو نعيم في المعرفة... وساق الحديث قال: وفيه علي بن قرين، وهو كذاب" ا.هـ

(٥) سنن البيهقي ٧/٢٩٩-٣٠٠، سنن الدارقطني ٣/٢٥٨ قال ابن الهمام في فتح القدير ٣/٣٠٢ وتضعيف ابن حزم - كما في المحلى ١٠/٦٦ - اياه بالمنهال بن عمرو، وبابن أبي ليلى ليس بشيء، لأنهما ثبتان حافظان ا.هـ، وينظر نصب الراية ٣/٢١٥-٢١٦.

وأيضاً فإن القَسْم حقٌّ مقدّر من حقوق النكاح،فللأمَة منه نصفُ ما للحرَّة،كما أن عِدَّتها على النِّصْف من عِدَّة الحُرَّة.

مسألة: [قَسْم المرأةِ الواحدة]

قال أبو جعفر:(وإن كانت له زوجةٌ واحدة،فطالَبَتْه بالقَسْم، فلها يومٌ وليلة،ثم يَنْصَرِفُ في أمرِ نفسه ثلاثةَ أيام وثلاثَ ليال)

وذلك لما "روي أن عمرَ بن الخطاب رضي الله عنه أمَرَ كعبَ بنَ سُوْر أنْ يقضيَ في ذلك،فقَضَى بأنَّ لها يوماً من أربعة أيام،قَسْمٌ واحدٌ مِن أربع،فاستحسَنَ عمرُ قضاءَه،وولّاه قضاءَ البَصْرة"(١).

قال أبو جعفر:(وإن كانت زوجتُه أمَةً،لا زوجةَ له غيرها،فلها يومٌ مِن سَبْعَة أيام)،لأن له أن يتزوَّج ثلاثَ حرائرَ لكلٍّ واحدةٍ يومان،فذلك ستة،ولها يوم واحد.

قال: [الكافرةُ والمسلمة في القَسْم سواء]

(والكافرةُ والمسلمةُ في القَسْم سواء)،لأنهما لا يختلفَان في حقوق النكاح.

مسألة: [إباحة بعضِ الزوجات قَسْمَها لغَيْرِها]

قال:(ومَنْ أباحَتْه منهن قَسْمَها،وجَعَلَتْه لسائرِ أزواجه سِوَاها أو لبعضِهنَّ،كان ذلك على ما جَعَلَتْ عليه).

وذلك لقولِ الله تعالى{وإن امرأةٌ خافَتْ مِن بَعْلِها نُشُوزاً أو إعراضاً فلا جُنَاحَ عليهِمَا أنْ يُصْلِحَا بينهما صلحا}(٢) إنها نزلت في مثل ذلك(٣).

"وسألَتْ سَوْدَةُ بنتُ زَمْعَة النبيَّ صلى الله عليه وسلم وقد كان طَلَّقَها(٤) أنْ يراجِعَها،ويَجْعَلَ يومَها لعائشة رضي الله،فَفَعَلَ ذلك"(٥).

---

(١) طبقات ابن سعد ٩٢/٧ في ترجمة كعب بن سور.
(٢) من سورة النساء،آية رقم/١٢٨.
(٣) صحيح البخاري،النكاح،باب"وان امرأة خافت من بعلها نشوزا" ٣٠٤/٩،وينظر فتح الباري ٢٦٦/٨.
(٤) بين الحافظ ابن حجر في الفتح ٣١٣/٩ بأنه قد تواردت الروايات على أنها خشيت الطلاق،فوهبت،لا أنه صلى الله عليه وسلم طلقها،والرواية التي ذكرت أنه طلقها هي مرسلة.
(٥) صحيح البخاري،النكاح،باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها ٣١٢/٩،صحيح مسلم،الرضاع،باب جواز هبتها نوبتها لضرتها ١٠٨٥/٢.

مسألة: [البِكْر والثيب والجديدة والعَتيقة في القَسْم سواء]

قال: (ومَن تزوج بِكْراً أو ثيباً، فإنه إن أقام عندها وقتاً أقام عند غيرها مثل ذلك، لايفضلها في ذلك على واحدة منهن).(١)

وذلك لقول الله تعالى {ولَنْ تَسْتَطِيعُوا أنْ تَعْدِلُوا بين النساء ولو حَرَصْتُم فلا تميلوا كلَّ المَيل}.(٢)

وقال النبي صلى الله عليه وسلم "مَنْ كانت له امرأتان فمالَ إلى إحداهما دون الأخرى، جاءَ يوم القيامة وشقه مائل".(٣)

فلم تفرِّق الآية، ولا السُّنة بين المحدَثة والقديمة.

وأيضاً "قال النبي صلى الله عليه وسلم لأمّ سَلَمَة حين بنى عليها: ليس بك على أهلك هَوَان،(٤) إن شئتِ سبَّعْتُ لك، وسبَّعْتُ لهنّ، وإن شئتِ ثلَّثْتُ، ودُرْتُ"(٥) فأخبرَ أنه إذا سبَّع لها، سبَّع لهنَّ، ولو كانت مستَحِقَّةً لشيءٍ من القَسْم دونهنَّ لاستثنى لها مقدارَ ما تستحقه، وأوجبَ الزيادة للباقيات منهن، [و](٦) لو كانت مستَحِقَّةً إذا كانت ثيباً / أنْ يخصَّها بثلاث، ثم سبَّع لها، لاتسقط منها الثلاث التي تستحقها، وبقي لكلِّ واحدةٍ أربع، فلما سوَّى بينها وبينهن(٧) في السَّبع، دلَّ على أنهن في الثلاث سواء أيضاً، وأنها ليست تُخَصُّ بقَسْم دون الباقيات. ‎/٢١٧

فإن قيل: قوله "وإن شئتِ ثلَّثْتُ لك، ودُرْتُ" يدل على أنها مستحقة الثلاث.

قيل له: هي مستحقة الثلاث على شرط أنْ يقسم للباقية ثلاثاً أيضاً، كما قال في السبع.

مسألة: [سفر الزوج ببعض نسائه دون بعض]

قال: (وله أنْ يسافرَ ببعض نسائه دون بعض)

---

(١) في الأصل (واحد)، والتصويب من المختصر ص/١٩٠.
(٢) من سورة النساء، آية رقم/١٢٩.
(٣) تقدم ص/٧٣٣، حاشية (٣).
(٤) في الأصل (لك)، والتصويب من كتب السنن.
(٥) صحيح مسلم، الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من اقامة الزوج عندها ٢/١٠٨٣.
(٦) ساقطة من الأصل، والعبارة التي قبلها "وأوجب.." لم تتضح لي، وبدونها يكون النص منتظما.
(٧) في الأصل (بينهما).

قال أحمد: وذلك لأنه ليس لهنّ حقٌّ القَسْم في السَّفَر، ألا ترى أنه له أن يسافر دونهن.

وأيضا "رَوَتْ عائشةُ أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفراً أَقْرَعَ بين نسائه، فأيَّتهنَّ خرجَ سهمُها أَخْرَجَها" (١).

قال: (والأَحْسَنُ أَنْ يُقْرِعَ بينهن)

وذلك لما "روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يُقرِع بين نسائه، فأيَّتُهنَّ خَرَجَ سهمُها أخرجها" (١)

وأيضا فإذا أخرَجَها بغير قُرْعةٍ، كان فيه إظهارُ المَيْل إلى بعضِهن دون بعض، وهو منهيٌّ عنه.

مسألة: [حكم العَزْل]

قال: (وليس للرجل أنْ يَعْزِل عن زوجته الحرَّة إلا بإذْنِها، وإنْ كانت أَمَةً فالإذن في العَزْل إلى المَولى)

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا أحمد بن سَهْل بن أيوب قال حدثنا حُمَيْد بن عثمان قال حدثنا ابنُ وَهْب قال حدثنا ابن لَهِيْعَة عن جعفر بن ربيعة عن الزهري عن المحرَّر ابن أبي هريرة عن أبي هريرة قال: "نَهَى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن العَزْل عن الحرَّة إلا بإذنها" (٢).

وأيضاً قال الله تعالى {فالآنَ باشِرُوهُنَّ وابْتَغُوا ماكَتَبَ اللهُ لكم} (٣) قيل في التفسير: يعني من الولد (٤).

وأيضاً فإن الولد يكون لها إذا كانت حُرَّة، فليس له أن يَمْنَعَها حقَّها من الولد.

وأما الزوجة الأَمَة، فالإذن في العَزْل إلى مولاها، لأنه هو المستَحِقّ للولد دونَها.

قال: (وروى الحسنُ بن زياد عن أبي يوسف أنَّ الإذن في العَزْل

---

(١) صحيح البخاري، الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها ٢١٨/٥ صحيح مسلم، التوبة، باب في حديث الافك ٢١٣٠/٤.
(٢) سنن ابن ماجه، النكاح، باب العزل ٦٢٠/١، قال في الزوائد: في اسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف، مسند الامام أحمد ٣١/١، وقال ابن تيمية (الجد) في المنتقى ٥٦٤/٢ "اسناده ليس بذاك".
(٣) من سورة البقرة، آية رقم/١٨٧.
(٤) جامع البيان للطبري ١٦٩/٢.

عن الزوجة الأَمَة إليها دون مولاها كالحرَّة، وإذا كانت أمتُه بملكِ اليمين فله أن يَعْزِل عنها).

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال حدثنا محمد بن عَبْدُوس بن كامل قال حدثنا عليُّ بن الجَعْد قال حدثنا زهير عن أبي الزبير عن جابر قال: "جاء رجلٌ إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إنَّ لي جاريةً وهي خادمتنا، وأنا أطوف عليها، وأنا أكرَهُ أَنْ تَحْبَل، فقال: اِعْزِل عنها إن شئتَ، فسَيَأْتِيها ما قُدِّرَ لها [فلَبِثَ الرَّجُلُ، ثمَّ أَتَاه](١)، فقال: قد حَبِلَت، فقال: قد أخبرتُكَ أنه سيأتيها ماقُدِّرَ لها"(٢).

مسألة: [تزوُّج حرةٍ وأَمَةٍ في عُقدةٍ واحدة]

قال: (ومَنْ تزوَّج حُرَّة وأَمَة في عُقْدةٍ واحدة؛ جاز نكاح الحرَّة، وبَطَلَ نكاحُ الأمة).

قال أحمد: وذلك أنه إذا جَمَعَهما في عُقْدة واحدةٍ صارت كلُّ واحدةٍ منهما منكوحةً على الأخرى(٣).

فقلنا على هذا في مسألتنا إن الأَمَةَ منكوحةٌ على الحرة، فلا يصح نكاحها، لأن مَنْ كان تحته حُرَّة لم يجز أن يتزوَّج عليها أَمَة، والحُرَّة أيضاً منكوحةٌ على الأمة، ويجوز نكاحُها، لأن مَنْ كان تحته أَمَة جاز أن يتزوَّج عليها حُرَّة.

مسألة: [حكم الزواج من أمةٍ في عِدَّةِ حُرَّةٍ منه]

قال أبو جعفر: (ومَن تزوَّج أمةً في عِدَّة حُرَّة منه من طلاق بائن لم يَجُز ذلك في قول أبي حنيفة، وجازَ ذلك في قول أبي يوسف ومحمد).

وجه قول أبي حنيفة أنَّ العِدَّة تمنَعُ مِن الجَمْع ما يمنعه نَفْسُ النكاح، والدليل على ذلك أنَّ حالَ العِدَّة بمنزلة حال النكاح في منع نكاح أختها، لأن تحريمَها من طريق الجَمْع، كذلك في نكاح الأَمَة، لأنَّ نكاحَها محرَّمٌ مع الحرة من طريق الجَمْع.

فإن قيل: إنما يُمْنَعُ مِن نكاح الأَمَة على الحرة، لأنه أَدْخَلَ

---

(١) ساقطة من الأصل، وأثبتها من صحيح مسلم، ويقتضيها السياق.
(٢) صحيح مسلم، الطلاق، باب حكم العزل ٢/١٠٦٤.
(٣) في الأصل (الأخرى، ولذلك بطل نكاحهما جميعاً، فقلنا). والكلام السابق واللاحق يدل على تغييره.

عليها في القَسْم مَن لايساويها فيه، وهذا المعنى غير موجود بعد البينونة.

قيل له: فهو لو تزوّجهما معاً لم يجُزْ نكاح الأَمَة، وإن لم يكن هناك للحرة قَسْم، فدل ذلك على أن تحريمَ جمعِ الأَمَة إلى الحرة غير مقصور على ما ذكرتَ في المعنى، وأنه قد يجوز تحريمُ جمعِها إليها بمعنىً سواه.

وذَهَبَ أبو يوسف ومحمدٌ إلى منعِ تزويج الأمة على الحرة، لأجل إدخال الضرر عليها في القَسْم بمَن لايساويها فيه، وذلك غير موجود بعد بينونة الحرة.(١)

مسألة: [أدلة جواز تزوج الأمة مع وجود الطول الى الحرة]

قال أحمد: وإنما جاز تزويجُ الأمة، مع وجود الطَّوْل إلى الحرة لقولِ الله تعالى{فانْكِحُوا ما طابَ لكم مِن النساء}(٢) إلى قوله {فإن خِفْتُم ألّا تعدِلُوا فواحدةً أو ما ملَكَتْ أيمانكم}(٢) وهذه الآية تنتظم الدلالة على صحة قولنا مِن وجهَيْن:

أحدهما: عموم قوله تعالى{فانْكِحُوا ما طابَ لكم مِن النساء}.

/٢١٣ والثاني: قوله {أو ماملَكَتْ أيمانكم}/فاقتضى اللفظُ التخييرَ بين تزويج الأمة والحرة، لأن ابتداء الخطاب وارد في جواز عقد النكاح، وهو قوله {فانْكِحُوا ما طابَ لكم}، وهو مُضْمَر في قوله {أو ما ملكت أيمانكم}فكأنه قال: فاعقِدُوا عقدَ النكاح إن شئتم على حرة أو أَمَة، لأن قوله {أو ما ملكت أيمانكم}لايقوم بنفسه في إيجاب الحُكْم، إذ لايصح ابتداء الخطاب به، فلا محالة هو مضمر فيما تقدَّم ذِكْره من عقد النكاح.

فإن قيل: ما ذكرتَ(٣) يحتمل أن يكون المراد التخيير بين تزويج الحرة، أو وطء ملك اليمين.

قيل له: ليس في الآية ذكر الوطء، وإنما فيها ذِكْر العقد،

---

(١) ولذلك جاز تزوج الأمة في عدة الحرة من طلاق بائن.
(٢) من سورة النساء، آية رقم/٣.
(٣) في الأصل (ما أنكرت)، وينظر أحكام القرآن ٢/٥٥.

فلا يجوز إضمار ما ليس بمذكورٍ فيها، لأنَّ كلَّ مُضْمَرٍ فلا بدّ له من مُظْهرٍ قد تقدَّم ذِكْره.

فإن قيل: لمَّا كان معلوماً امتناعُ جواز عَقْدِه على مِلْكِ يمينه لنفسه، لاستحالة استباحة الوطء بملك يمينه والنكاح معاً، عَلِمْنَا أن الوطءَ مضمَر في الآية.

قيل له: لمَّا أضافَ ملكَ اليمين إلى الجماعة كان المرادُ أن يتزوَّج مِلكَ يمينِ غيره، كما قال تعالى {وَمَنْ لم يَسْتَطِعْ منكُمْ طولاً أَنْ ينكِحَ المحصَنَات المؤمنات فمِمَّا ملَكَتْ أيمانُكم من فَتَيَاتِكُمُ المؤمنات} (١) والمراد أن ينكِحَ بعضُنَا مِلكَ يمينِ البَعْض.

ودليل آخر: وهو قوله {وأُحِلَّ لكُم ما وراءَ ذلِكُم أَنْ تَبْتَغُوا بأموالِكم} (٢)، ولم يفرِّق بين الأَمَة والحرَّة، ولا بين حال الطَّوْل وغيرها.

ودليل آخر: وهو قولُه تعالى {ولا تَنكِحُوا المشركاتِ حتى يؤمِنَّ ولأَمَةٌ مؤمنةٌ خيرٌ مِنْ مشركَةٍ ولو أعْجَبَتْكُم} (٣) فضمِنَّتِ الآيةُ الندبَ إلى نكاح الأَمَة المؤمنة مع وجود الطَّوْل إلى الحرَّة المُشْركَة، لأنه لا يصحّ أن يقال: وتزويجُ أَمَةٍ مؤمنةٍ خيرٌ من تزويجِ مشركةٍ حرَّة، وهو غيرُ قادرٍ على تزويج المُشْرِكَة. فلمَّا كان ذلك كذلك، أفادت التخييرَ بين الأَمَةِ المؤمنةِ والحرّة المشركةِ، ومعلومٌ أنَّ واجدَ الطَّوْلِ إلى الحرَّة المشركةِ فهو واجدُه إلى الحرة المسلمة، لأن وجود الطَّوْل إنما هو وجودُ المَهْر الذي يتزوَّج عليه، والمشركةُ والمسلمةُ لايختلفان في مقادير المهر. فدلَّت الآية على جواز نكاحِ الأَمَةِ مع وجود الطَّوْل إلى الحرَّة.

فإن قال قائل: قال الله تعالى {وَمَنْ لم يستَطِعْ منكم طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ المحصَنَاتِ المؤمِنَات فمِمَّا مَلَكَتْ أيمانُكم مِن فَتَيَاتِكُمُ المؤمنات} (١) فأباحَ نكاحَ الأَمَةِ عند عدم الطَّوْل إلى الحرَّة، فدلَّ على حظْرِ نكاحِهَا إلى وجودِ الطَّوْل إلى الحرة.

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/٢٥.
(٢) من سورة النساء، آية رقم/٢٤.
(٣) من سورة البقرة، آية رقم/٢٢١.

قيل له: ليس في الآية حَظْرُ شيءٍ، وإنما فيها إباحةٌ معقودة بالشَّرْط المذكور، ولم يَحْظُر بها ما عدا المذكور، لأن المخصوصَ بالذِّكْر لا يدلُّ على أنَّ ما عداه فحُكْمُه بخِلافه، فكيف تَخُصُّ به الإباحةَ العامةَ التي في سائرِ الآي التي ذَكَرْنا؟

وأيضاً قال{أَنْ يَنْكِحَ المُحصنات المُؤمِنَات}ولو وَجَدَ الطَّوْل إلى المشركة الحرَّة، لما جاز له عند خَصْمِنَا تزويجَ أمةٍ مسلِمَة، ولم يكن تخصيصُه المحصناتِ المؤمناتِ بالذِّكْر دليلاً على مخالَفَة حُكْمِ ما عَدَاهُنَّ.

وأيضاً لو كان هذا الشرط موجِباً لحَظْر ما عداه، لم تدلَّ الآيةُ على موضِع الخلاف بيننا، مِن قِبَل أنَّا نَحْمِل لَفْظَها على الحقيقة وهو الوطء، فكأنَّه قال: ومَنْ لم يَصِلْ إلى وطءِ حُرَّةٍ، لأنها ليست زوجتَه، فليتزوَّج الإماء، وكذلك نقول: إذا كانت تحتَه حُرَّة لم يَجُز له أن يتزوَّج عليها أَمَة.

فإن قيل: قوله {ومَنْ لم يستَطِعْ منكُم طولاً أَنْ يَنْكِحَ المُحْصَنَات المؤمنات} بمنزلة قولِه تعالى{فمَنْ لَمْ يستَطِعْ فإطعامُ سِتِّينَ مِسْكِيْناً}(١) فلا يجزىء الطعام مع الإمكان للصيام.

قيل له: لم تَمْتَنِع الإطعام مع إمكان الصيام، لقوله {فمَنْ لم يَسْتَطِعْ}فَحَسْب، وإنما منعناه(٢) لأنه أوجبَ بَدءاً الصيامَ، وظاهرُ ذلك يمنع العدول عنه إلا على الشرط المذكور فيه، وليس معناه منع العقد على الأَمَة مع وجود الطَّوْل إلى الحرة.

ومِن جهة النَّظَر: لمَّا اتفقَ الجميع(٣) على جوازِ نكاحِ الأَمَة عند عدم الطَّوْل إلى الحرة، وكان المعنى هو أنه غيرُ مالكٍ لفراشِ حرَّة، وهو موجود في حال وجود الطَّوْل إلى الحرة، وَجَبَ أن يجوز تزويجها.

مسألة: [تزوُّجُ الأَمَةِ الكتابيَّة]

قال أحمد: ولا يختلف عندنا حُكْمُ الأَمَة الكتابيَّة والمسلِمَة،

---

(١) من سورة المجادلة، آية رقم/٤.
(٢) في الأصل (معناه).
(٣) الإشراف لابن المنذر ص/١٢٢.

وذلك لقوله تعالى{فانكحوا ما طاب لكم من النساء}(١) وهو عموم في جواز نكاح الجميع.

وقال تعالى{فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم}(١) ولم يفرق بين الكتابية والمسلمة.

وقال تعالى{وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم}(٢) وعمومه يقتضي جواز الجميع، وأيضاً قال الله تعالى{والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم}(٣) والأمة تسمى محصنة إذا كانت عفيفة، ومتى حصلت لها صفة من صفات الإحصان استحقت اسم إطلاق الإحصان عليها، فجاز العقد عليها بعموم الآية، ألا ترى أن قوله{والمحصنات من المؤمنات} قد يتناول الحرائر والإماء، كذلك قوله{والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم} يتناول الصنفين.

فإن قيل: قال الله تعالى{ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن}(٤) وهو/عموم في حظر الجميع، ثم قال{والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم} والمراد به الحرائر، لأن اسم الإحصان يتناول الحرة. ٢١٤/

قيل له: وقوع اسم الإحصان على الحرة(٥) لا ينفي أن يكون غيرها إحصاناً.

قال الله تعالى في شأن الإماء{فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب}(٦) فسماها محصنة مع الرق، فإذا كان كذلك دخلت في حكم الآية متى تناولها اسم الإحصان بحال.

وأيضاً قوله{ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن} لا يتناول إطلاقه الكتابيات، لأن المشرك اسم واقع في الشرع على عبدة الأوثان، ولا يتناول أهل الكتاب، قال الله تعالى{ما يود الذين كفروا

---

(١)(٢) من سورة النساء، آية رقم/٣، ٢٤ على الترتيب.
(٣) من سورة المائدة، آية رقم/٥.
(٤) من سورة البقرة، آية رقم/٢٢١.
(٥) في الأصل (الحرية).
(٦) من سورة النساء، آية رقم/٢٥.

مِن أهلِ الكِتَابِ ولا المُشرِكِينَ أنْ يُنزَّلَ عليكم مِنْ خَيرٍ مِن رَّبكم}(١)

وقال: {لَمْ يَكُنِ الذينَ كَفَرُوا مِن أهْلِ الكِتَابِ والمُشرِكِين مُنفكين}(٢)

ففرَّق بين الفَرِيقَيْنِ في اللَّفظ،فدلَّ على أنَّ كلَّ واحدٍ مِن اللَّفظَيْنِ يختَصُّ عند الإطلاق بضَرْبٍ دونَ غيره،وإن كانَ الجميع مشركَيْنَ في الحقيقة وكُفَّاراً،كما اختُصَّ المنافِقُون باسم النِّفَاق وإن كانوا مشركِين،ولا يتناوَلُهم مع ذلك إطلاقُ لفظِ المشركِين.

فإن قيل:قالَ اللهُ تعالى{مِن فَتَيَاتِكُمُ المُؤْمِنَاتِ}(٣)فدلَّ على أن جوازَ النكاحِ منهن(٤) مقصورٌ عليهن.

قيل له:قد بيَّنَّا أنَّ تخصيصَه المؤمناتِ غيرُ دالٍّ على حَظْرِ غيرِهِنَّ في المسألة التي قَبْلها بتخيير نكاحِ المؤمنات منهن بهذه الآية،وتخييرُ نكاحِ الكتابيات بالآيات الأُخَر.

ومِن جهة النَّظَرِ اتِّفَاق الجميع(٥) على جوازِ وطء الأَمَة الكتابية بمِلك اليمين،كما جاز وطءُ الأَمَةِ المسلمة،فدلَّ على أنَّ دِيْنَها لا يَحْظُرُ نِكَاحَها،لأنَّ حَظْرَ النكاحِ إذا كانَ مِن طريق الدِّين مَنَعَ الوطءَ،كما يمنعُ النِّكَاحَ،ألا ترى أنَّ الأَمَةَ المجوسيَّة والوثنيَّة لما لم يَجُزْ عقدُ النكاحِ عليهما،لم يَجُزْ وطؤُهما بمِلك اليمين،فدلَّ وطؤُهما بمِلك اليمين على جوازِ عقدِ النكاح عليهما،كالأَمَة المسلِمَة.

فإن قيل:قد يجوز له الوطء بملك اليمين مِن غير عَدَد،ولا يجوز عقدُ النكاح إلا على أربع.

قيل له: إنَّما يختلِفَان في باب العَدَد فحسب،فأما في سائر الأحكام فلا.

ولذا قالَ عليٌّ رضي الله عنه وعَمَّار بنُ ياسر:(٦)"ماحَرَّمَ اللهُ

---

(١) من سورة البقرة،آية رقم/١٠٥.
(٢) من سورة البينة،آية رقم/١.
(٣) من سورة النساء،آية رقم/٢٥.
(٤) في الأصل (فيهن).
(٥) الإشراف لابن المنذر ص/١٢٢.
(٦) سنن البيهقي ١٦٣/٧.

مِـن الحرائر شيئاً إلا حَرَّمَ مِـن الإماء مثله. إلا رجل يَجمعُهن"ومن مَنَعَ نكاحَ الأمَة الكتابية فإنما منَعه مِن جهة دِينِها. وقد بيَّنا أنَّ دينَها مِن حيث لم يمْنَع الوطءَ. وَجَبَ أنْ لا يمْنَعَ النكاحَ كالمسلمة سَواء.

مسألة: [الخُلْع]

قال أبو جعفر: (ومَن وَقَعَ بينه وبين زَوْجَتِه شِقَاق. فله أنْ يُطَلِّقَها على جُعْلٍ يأخُذه منها. بعد أن لا يتَجاوزَ به ما أعْطاها. وإن كانَ النُّشُوزُ مِن قِبَلِه لم ينْبَغِ له أن يأخذَ منها شيئاً. وجازَ في القَضاء إن فعل ذلك.

وكذلك إن كان النُّشوزَ مِنْ قِبَلِها فأعْطته أكثرَ ممَّا أخذَتْ. كرِهَ ذلك. وجازَ في القَضاء).

قال أحمد: الأصلُ في ذلك قولُ الله تعالى{ولا يَحِلُّ لكُمْ أنْ تأخُذوا مِمَّا آتيتُمُوهنَّ شيئاً إلا أنْ يَخافَا ألَّا يُقِيمَا حدودَ الله فإن خِفْتُم ألَّا يُقِيْمَا حدودَ اللهِ فلاجُنَاحَ عليهمَا فيما افْتَدَتْ بِه}(١) فاقْتَضَى ظاهرُ الآية جوازَ خُلْعِها عندَ الخَوْف أنْ لا يقيمَا حدودَ اللهِ على الكثير والقليل. إلا أنَّ الدلالةَ قَدْ قامَتْ على أنَّ النشوزَ إذا كانَ مِن قِبَله كُرِهَ له أخْذُ شيءٍ منها. وهو قولُ الله تعالى{وإن أرَدْتُم اسْتِبْدَالَ زوجٍ مكانَ زوجٍ وآتَيْتُم إحداهُنَّ قِنْطاراً فلا تأخُذوا منه شَيْئاً}(٢).

فمَنَعَ أخْذَ شيءٍ منها إذا كانَ النشوزُ مِن قِبَله. وهو أن يريدَ استبدالَ زوجٍ مكانَها.

ويدلُّ عليه قولُه تعالى{ولا تعضُلوهنَّ(٣) لتَذْهَبُوا ببعضِ ما آتيْتُمُوهن}(٤).

فدلَّ ذلك على أنَّ قولَه{فلا جُنَاحَ عليهِمَا فيمَا افْتَدَتْ به} المرادُ منه حالَ كونِ النشوزِ مِن قِبَلها.

---

(١) من سورة البقرة، آية رقم/٢٢٩.
(٢) من سورة النساء، آية رقم/٢٠.
(٣) في الأصل (فلا).
(٤) من سورة النساء، آية رقم/١٩.

ثم يُكْرَه له مع ذلك أن يأخذَ منها أكثرَ ممَّا أعطاها، لِمَّا روى سعيد بن أبي عَرُوْبَة عن قَتادة عن عِكرمَة عن ابن عباس" أن جميلةَ بنت سَلول أتت النبيَّ صلى الله عليه وسلم فقالَتْ: والله ما أَعَيْبُ على ثابتِ بن قَيْس في خُلُقٍ ولا دِيْن، ولكنِّي أكْرَهُ الكُفْرَ في الإسلام، لا أُطِيْقُه بُغْضاً (١). فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: أَتَرُدِّيْنَ عليه حديقَتَه؟ قالَتْ: نعم، فأمَرَه النبيُّ صلى الله عليه وسلم أنْ يَأْخذَ منها حديقته ولايَزْدَاد" (٢).

وروى ابنُ جرير عن عطاء عن ابن عباس" أنَّ رجلاً وامرأةً اخْتَصَمَا إلى رسولِ الله صلى الله عليه وسلم فقال: أَتَرُدِّيْن عليه حديقتَه؟ قالت: نعم وأَزِيْدُه، قالَ: أمَّا الزِّيادَة فلا" (٣).

فمَنَعَه النبيُّ صلى الله عليه وسلم أَخْذَ الزيادةِ مع كون النشوزِ مِن قِبَلها، فعَلِمْنَا أنَّ مرادَ الآيةِ في قوله {فيما افْتَدَت به} ما بينه وبين ما أَعْطَاها مِن المَهْر.

وإنَّمَا جازت الزيادة في القضاء، وجاز جُعْلُها، وإن كان النشوزُ مِن قِبَله في الخُلْع، مِن قِبَل أنَّ النهيَ عن أَخْذِ الجُعْلِ في كونه ناشِزاً، وعن أَخْذِه الزيادةَ إذا كانت هي الناشزة، لم يتناول معنىً في نفسِ العقد، وإنما يتناولُ معنىً في غيره، فلا يمنع صحةَ وقوعِه، ألا ترى أنه لو كانَ تزوَّجها بَدْءاً على هذا القَدْر، جازَ له أن يأخذَ منها، فعَلِمْنَا أنَّ النَّهْيَ إنما تناوله، لأنه لم يُعْطِها ذلك، لالِمَعْنَىً في نفسِ العقد، فصارَ كالبَيْع عندَ أذانِ الجُمُعَة/ وكتَلَقِّي الجَلَب، وبيع الحاضِرِ للبادي. /٢١٥

مسألة: [ليس للحَكَمَيْن في الشِّقَاق التفريق إلا بالتفويض]

قال: (وليس للحكَمَيْن في الشقاقِ أنْ يفرِّقا إلا أنْ يجعلَ ذلك إليهما الزَّوْجَان)

----

(١) وكان ثابت بن قيس رجلا دميما، تبغضه لذلك، ولا تحب البقاء معه، وتخاف ان بقيت معه أن تقع فيما يقتضي الكفر، كما بين ذلك ابن حجر في الفتح ٩/٤٠٠.
(٢) صحيح البخاري، الطلاق، باب الخلع ٩/٣٩٥.
(٣) سنن ابن ماجه، الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها ١/٦٦٣ سنن البيهقي ٧/٣١٣-٣١٤، وقد تكلم ابن حجر في الفتح ٩/٤٠٢ عن هذه الرواية وطرقها وبين ثبوتها وصحتها.

قال أحمد: وروي عن عليٍّ رضي الله عنه مثل ذلك،(١) وقال ابن عباس في قوله تعالى{فابْعَثُوا حَكَماً مِن أَهْلِهِ وحَكَماً مِن أَهلِها}(١)(٢) أنَّ ما حَكَم به الحَكَمَان جازَ على الزَّوْجَيْن،والقول الأول أصحّ، وذلك لأنهما وَكِيلَان،ولا يجوز تصَرُّفُ الوكيلِ إلا في ما جُعِلَ إليه، وُوكِّلَ به،فإذا لم يوكَّلا بالفُرْقَةِ والخُلْع،لم يجز لهما فِعْلُ ذلك.

مسألة: [الخُلعُ تطليقةٌ بائِنة]

قال أبو جعفر: (والخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بائِنَة)

وذلك لأنه مختَصٌّ بالنِّكَاح،موجِب بإيجاب الزوج،لا بمعنىً في العقد،ولا يوجِبُ تحريماً مؤبَّداً،وهذه صفةُ الطَّلاق.

قال أحمد: وقال ابن عباس ليسَ بطلاق،وهو فسخ،(٣) فإن الله(٤) تعالى أَدْخَلَه بين طلاقَيْن،(٥) ثم حَكَمَ بصحة الثالثة بعده بقوله {فإن طَلَّقَها فلا تَحِلُّ له مِنْ بَعْد}(٦)

قال أحمد: وهذا غير دالٍّ على ما قال،لأنه قال{الطلاقُ مَرَّتان}(٧) بَيَّنَ به حُكْمَ التطليقتَيْن على غيرِ وجهِ الخُلْع،ثم قال{فلا جُنَاحَ عليهما فيما افْتَدَتْ به}(٧) على التطليقَتَيْن،ثم قال{فإن طَلَّقَها} وهي الثالثة،(٨) فلا دلالة فيه على جواز خلعٍ بعد التطليقتين قبل تطليقة ثالثة.

ويدلّ على صحة قولِنا أنَّ الخُلْعَ كناية عن الطلاق،كالخَلِيَّة والبَرِيَّة،(٩) وهو مِن جهة الزوج،فهو طلاق،لأنه لو لم يكن طلاقاً لَمَا

---

(١) سنن البيهقي ٣٠٥/٧-٣٠٦.
(٢) من سورة النساء، آية رقم/٣٥.
(٣) مصنف عبد الرزاق ٤٨٧/٦،سنن البيهقي ٣١٦/٧.
(٤) فلا ينقص عدد الطلاق.
(٥) "فأثبت الثالثة بعد الخلع،فدل على أن الخلع ليس بطلاق اذ لو كان طلاقا لكانت هذه رابعة،لأنه ذكر الخلع بعد التطليقتين،ثم ذكر الثالثة بعد الخلع"كما في احكام القرآن للمؤلف ٣٩٦/١.
(٦)(٧) من سورة البقرة، آية رقم/٢٣٠، ٢٢٩ على الترتيب.
(٨) في الأصل (بين).
(٩) وهي كناية لأنها تحتمل الطلاق وغيره،فقوله أنت خلية نسبة الى الشر، أي خلية من الخير، برية من حسن الخلق أو أفعال المسلمين،كما في الكفاية للخوارزمي ٤٠١/٣،وتحتمل أنها للطلاق،والمقصود أنت خلية مني،وخليت سبيلك،وأنت برية مني. والله أعلم.

وَقَعَتْ بِهِ فُرْقَةٌ ،لأنَّ كلَّ لفظٍ قُصِدَ به الفُرْقَة ،وليس بكِنَايةٍ عن الطلاق، إنه (١) لا يقع به طلاق،نحو قوله اسْقِ ماءً،وأيضاً لم يختلفوا (٢) أنَّ الخلعَ إذا أُرِيْدَ به الطلاق كان طلاقاً ،فعَلِمْنَا أنَّ الفرقةَ قد تعلَّقَت من حيث كان طلاقاً .

مسألة : [عِدَّة الخُلْع كعِدَّة الطلاق]

قال أبو جعفر:(والعِدَّة في الخُلْع،كهي في الطلاق)

لقولِ الله تعالى{والمطلَّقاتُ يتربَّصْنَ بأنْفُسِهِنَّ ثلاثةَ قُرُوءٍ}(٣) ولم يفرِّق بين الخُلْع وغيره ،وقد رُوي عن عثمان بن عفان أن المختَلِعَةَ تعتَدُّ بحَيْضةٍ واحدة.(٤)

قال أحمد :ولمَّا ثبت أن ما على المختَلِعَة من ذلك يمنَعُها التزوُّج،دلَّ على أنها عِدَّة وليست باستبراء ،فكانت كسائرِ العِدَد الواجبة عن الفُرقة الواقعة في حال الحياة .

قال:(وللمرأة فيه النَّفَقَة والسكنى كسائر المطلَّقات)

مسألة : [أثرُ الخلعِ في الحقوق التي بَيْن الزوجين]

قال:(وإن كانَ لواحدٍ من الزوجَيْن على صاحبه حقٌ بسببِ النكاح الذي كان بينهما ،مِن صَدَاق أو نفقة ،فالخُلْعُ براءةٌ منه في قول أبي حنيفة)

قال أحمد :هي ثلاث مسائل: الخُلْعُ،والمُبَارَأةُ،والطلاقُ على مال ولا خِلَاف بينهم أنه إذا قال:قد طلَّقتُك على ألف درهم، أنه لا يبرَأُ مِن سائر الحقوق التي كانت وَجَبَتْ لها بسبب النكاح.

وأما المبارأة ،فإن أبا حنيفة وأبا يوسف اتَّفَقَا أنه توجب البراءة من سائر الحقوق الواجبة بينهما بسبب النكاح.

وأما الخُلع على مال فإن أبا حنيفة أوجَبَ به البراءة ،ولم يوجبْها أبو يوسف،وجَعَلَه بمنزلة الطلاق على مال،وأما محمد فإنه لا يوجب البراءةَ مِن شيء،وإنما يتناولُ ما وَقَعَ عليه

---

(١) في الأصل (لأنه).
(٢) المغني ١٨١/٨.
(٣) من سورة البقرة ،آية رقم/٢٢٨.
(٤) مصنف عبد الرزاق ٥٠٦/٦-٥٠٧،سنن البيهقي ٤٥١/٧.

التسمية في عقد الخلع، والمبارأة كالطلاق على المال المتّفق عليه.

فأما وجه قول أبي حنيفة فهو أنّ المبارأةَ تقتضي وقوعَ البراءة مِن كل واحدٍ منهما لصاحبه فيما يتعلّق بالنكاح من الحقوق، لأن المبارأة وقوع البراءة لكلٍّ واحدٍ منهما، فهي شاملة لجميع الحقوق الواجبة بالنكاح، وإذا ثبت ذلك في المبارأة جَعَلَ أبو حنيفة الخلع كهي، لأن لفظَ الخلع تضمَّنَ البراءة هكذا بموضوعه، لأنه مأخوذ مِن خَلَعَ الشيءَ من الشيء.

ويدل عليه قولُ النبي عليه السلام: "مَن فارق الجماعةَ قِيْدَ شِبْرٍ، فقد خَلَعَ رِبْقَةَ (١) الإسلام مِن عُنُقِه" (٢). يعني أنه قد برىء منه.

ويُقال خُلِعَ الخليفة، إذا برىء مِن الخلافة، وخَرَج منها، ولا جائزٌ أن يكون مخلوعاً، وقد بقي له شيء مِن أحكامه، فدلّ على أن لفظَ الخلع يتضمن البراءة.

وأما أبو يوسف فقال المبارأة لفظٌ موضوع للبراءة، ولا يُعقَلُ به غيرها، فأوجَبْنَا البراءة، والخلعُ بمنزلة الطلاق على مال.

وأما محمد فجعَلَهُمَا جميعاً كالطلاق على المال.

تم كتاب النكاح

* * * *
* * *

---

(١) "الربقة: ما يجعل في عنق الدابة، كالطوق يمسكها لئلا تشرد أي من فارقهم، فقد ضل وهلك، وكان كالدابة اذا خلعت الربقة، التي هي محفوظة بها، فانها لا يؤمن عليها عند ذلك الهلاك والضياع" كما في معالم السنن للخطابي ١٤٨/٧.

(٢) سنن أبي داود، السنة، باب في قتل الخوارج ١١٨/٥ وسكت عنه هو والمنذري في المختصر ١٤٨/٧.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

* * * *
* * *

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة

حرف الألف

حرف الباء

حرف التاء

حرف الثاء

حرف الجيم

حرف الحاء

حرف الخاء

حرف الذال

حرف الراء

حرف الزاي

حرف السين

حرف الشين

حرف الصاد

حرف الضاد

حرف الطاء

حرف القاف

حرف الكاف

حرف اللام

حرف الميم

حرف النون

حرف الهاء

حرف الواو

حرف الياء

* * * *
* * *

فهرس الأشعار

* * * *
* * *

مصادر الدراسة والتحقيق

* الآثار، محمد بن الحسن الشيباني، ت/١٨٩ هـ، ادارة القرآن وعلومه، كراتشي، باكستان، ط ١ /١٤٠٧ هـ.
* أحكام القرآن، أبو بكر أحمد بن علي الجصاص، ت /٣٧٠ هـ، تصحيح الشيخ محمد بشير الغزي الحلبي، تصوير دار الكتاب العربي بيروت (٣جـ).
* أحكام القرآن، أبو جعفر الطحاوي، ت/٣٢١ هـ، (مخطوط مصور من تركيا).
* أخبار أبي حنيفة وأصحابه، للصيمري، حسين بن علي، ت/٤٣٦هـ طبع ادارة ترجمان السنة، لاهور، باكستان، ط٣ /١٤٠٢/ هـ.
* أخبار مكة وماجاء فيها من الآثار، للأزرقي، محمد بن عبد الله ت /٢٤٤ هـ، تحقيق رشدي صالح ملحس، مطابع دار الثقافة، مكة المكرمة، ط٤ /١٤٠٣/ هـ.
* اختصار علوم الحديث، لابن كثير، اسماعيل بن عمر، ت/٧٧٤هـ وعليه الباعث الحثيث، للشيخ أحمد شاكر، ت /١٣٧٧ هـ، طبع دار الكتب العلمية، بيروت.
* الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموطلي ت /٦٨٣ هـ، بتعليقات الشيخ محمود أبو دقيقة، تصوير دار المعرفة، بيروت.
* أدب القضاء، للسروجي، أحمد بن ابراهيم، ت /٧١٠ هـ، تحقيق شيخ شمس العارفين صديقي /١٤٠٨/ هـ، (رسالة ماجستير جامعة أم القرى).
* الارشاد في معرفة علماء الحديث، أبويعلى الخليلي، ت/٤٤٦ تحقيق د. محمد سعيد ادريس، مكتبة الرشد، الرياض.
* الاشراف على مذاهب العلماء، (المجلد الرابع) لابن المنذر محمد بن ابراهيم، ت /٣١٨ هـ، تحقيق أبو حماد صغير، دار طيبة، الرياض.

* الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر، أحمد بن علي، ت/٨٥٢هـ، وبهامشه الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، ت/٤٦٣هـ، تصوير دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١/١٣٥٨هـ.

* أصول السَّرْخسِي، محمد بن أحمد السرخسي، ت/٤٩٠ هـ، تحقيق الشيخ أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت.

* أطلس تاريخ الاسلام، د. حسين مؤنس، الزهراء للاعلام العربي القاهرة، ط ١ /١٤٠٧ هـ.

* إعلاء السُّنَن، ظفر أحمد عثمان التهانوي، ت/١٣٩٤ هـ، ادارة القرآن والعلوم الاسلامية، كراتشي، المكتبة الامدادية مكة المكرمة.

* الأعلام، خير الدين الزِّرِكْلِي، ت/١٣٩٦ هـ، دار العلم للملايين بيروت، ط ٦ /١٩٨٤ م.

* الإفصاح عن شرح معاني الصحاح، يحيى بن محمد بن هبيرة، ت/٥٦٠ هـ، تصحيح وتعليق الشيخ محمد الدباس، نشره الشيخ محمد راغب الطباخ، المطبعة الحلبية، حلب، ط ٢ /١٣٦٦هـ.

* الأُمّ مع المختصر للمزني، الامام محمد بن ادريس الشافعي، ت/٢٠٤ هـ، تصحيح محمد زهري النجار، دار المعرفة، بيروت.

* الإمام أبو جعفر الطحاوي فقيها، عبد الله نذير، رسالة دكتوراه، (جامعة أم القرى) سنة/١٤٠٨ هـ.

* الإمتاع بسيرة الإمامين الحسن بن زياد وصاحبه محمد بن شجاع رحمهما الله، محمد زاهد الكوثري، ت/١٣٧١ هـ، مطبعة الأنوار، القاهرة، /١٣٦٨هـ.

* الأموال الشرعية وبيان جهاتها ومصارفها، لأبي عبيد القاسم بن سلام، ت/٢٢٤ هـ، تحقيق محمد خليل الهراس عام/١٣٨٨ هـ، تصوير دار الفكر، القاهرة، منشورات مكتب الكليات الأزهرية /١٤٠١ هـ.

* الأمـوال لحمـيـد بـن زنجويه ت/٢٥١ هـ،تحقيق د.شاكر ذيب فياض،مركز الملك فيصل،الرياض،ط ١ /١٤٠٦ هـ.

* إنبـاء الغمر بأبناء العمر،ابن حجر العسقلاني ت/٨٥٢ هـ، دار المـعارف العثمانية،حيدر أباد الدكن – الهند،تصوير دار الكتب العلمية،بيروت،ط ٢ /١٤٠٦ هـ.

* انـبـاه الرواة على أنـبـاء النحاة،للقفطي علي بن يوسف، ت/٦٢٤ هـ،تـحقـيـق مـحـمـد أبو الفضل ابراهيم،دار الفكر العربـي،القـاهرة،مـؤسـسـة الكـتـب الثقافية،بيروت،ط ١ /١٤٠٦هـ،مصورة عن طبعة دار الكتب بالقاهرة سنة/١٩٥٥م.

* الإنـبـاه على قبائل الرواة،لابن عبدالبر يوسف بن عبدالله ت/٤٦٣ هـ،تـحقـيـق ابراهيم الأنباري،دار الكتاب العربي، بيروت،ط ١ /١٤٠٥ هـ.

* الأنـسـاب،للسـمـعانـي عبد الكريم بن محمد،ت/٥٦٢ هـ،تحقيق الشيـخ عبـد الرحـمـن المعلمي،دائرة المعارف العثمانية، حيدر أباد الدكن،ط ١ /١٣٨٢ هـ.

* الإيـضاح والتـبـيـيـن في مـعرفة المـكيال والميزان،لابن الرفعة نجم الدين،ت/٧١٠ هـ،تحقيق د.محمد الخاروف،مركز البحث العلمي،جامعة أم القرى،مكة المكرمة /١٤٠٠ هـ.

* البـحر الرائق شرح كـنـز الدقـائق،لابـن نـجـيـم مع منحة الخالق لابـن عابدين زين الدين بن ابراهيم،ت/٩٧٠ هـ،دار المعرفة،بيروت،ط ٢.

* بـدائع الصـنـائع في تـرتـيـب الشرائع،أبو بكر بن مسعود الكـاسـانـي،ت/٥٨٧ هـ،صورة عن ط ١،لشركـة المـطـبـوعـات العلمية.

* بـدايـة المـجـتهد ونهاية المقتصد،لابن رشد محمد بن أحمد بن محمد،ت/٥٩٥ هـ،ط /٧،دار المعرفة،بيروت.

* البداية والنهاية، لابن كثير، اسماعيل بن عمر، ت/٧٧٤ هـ، تحقيق أحمد أبو ملحم، علي نجيب عطوي، فؤاد السيد، مجدي ناصر الدين، علي عبد الستار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ /١٤٠٥ هـ.

* بلدان الخلافة الشرقية، تأليف: كي لسترنج، ترجمة: بشير فرنسيس، كوركيس عواد، ط ٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، /١٩٨٥م.

* بلوغ الأماني في سيرة الامام محمد بن الحسن الشيباني، محمد زاهد الكوثري، ت/ ١٣٧١ هـ، كراتشي، باكستان، مصورة عن ط ١ /١٣٥٥ هـ، مكتبة الخانجي.

* بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني = سبل السلام.

* البناية في شرح الهداية، محمود بن أحمد العيني، ت/٨٥٥هـ تصحيح محمد عمر الرامفوري، دار الفكر، بيروت، ط ١/ ١٤٠٠هـ.

* التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق محمد بن يوسف ت/ ٨٩٧هـ مطبوع مع مواهب الجليل ط ٢/ ١٣٩٨ بيروت.

* تاج التراجم في طبقات الحنفية، قاسم بن قطلوبغا، ت/٨٧٩ هـ، صورة عن ط ١، مكتبة المثنى، بغداد، باكستان، كراتشي، /١٤٠١ هـ.

* تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد، الشهير بالسيد مرتضى الزبيدي، ت/١٢٠٥ هـ، ط ١، المطبعة الخيرية، /١٣٠٦ هـ، وطبعة الكويت أيضا.

* تاريخ التراث العربي (فؤاد سزكين)، ترجمه الى العربية محمود فهمي حجازي، طبع جامعة الامام محمد بن سعود، الرياض، /١٤٠٢ هـ.

* تاريخ بغداد، للخطيب البغدادي أحمد بن علي، ت/٤٦٣ هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.

* تاريخ الخلفاء، للسيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر، ت/ ٩١١ هـ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة، القاهرة، /١٣٧١ هـ.

* تاريخ دمشق،لابن عساكر علي بن الحسن،ت/ ٥٧١هـ، (مخطوط).
* تاريخ الطبري (تاريخ الرسل والملوك)،محمد بن جرير الطبري،ت/٣١٠ هـ،تحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم،ط ٤، دار المعارف،مصر.
* تاريخ يحي بن معين،يحي بن معين،ت/٢٣٣ هـ،تحقيق د. أحمد نور سيف،جامعة أم القرى،مركز البحث العلمي، ط ١ /١٣٩٩ هـ.
* تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،عثمان بن علي الزيلعي، ت/٧٤٣ هـ،دار المعرفة،بيروت.
* تتمة فتح القدير لابن الهمام (نتائج الأفكار)،لقاضي زادة أحمد بن محمد،ت/٩٨٨ هـ،= فتح القدير لابن الهمام.
* التحرير في أصول الفقه،لابن الهمام محمد بن عبد الواحد ت/٨٦١ هـ،ومعه تيسير التحرير لأمير بادشاه،مطبعة البابي الحلبي،القاهرة، /١٣٥٠ هـ.
* تحفة الأشراف،للمزي يوسف بن عبد الرحمن،ت/٧٤٢ هـ،تحقيق عبد الصمد شرف الدين،الدار القيمة،بمبي،الهند،ط ١ /١٣٨٤ هـ.
* التحفة الخيرية على الفوائد الشنشورية في شرح المنظومة الرحبية،للباجوري ابراهيم بن محمد،ت/١٢٧٧هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي،القاهرة، /١٣٥٥ هـ.
* تحفة المحتاج الى أدلة المنهاج،لابن الملقن عمر بن علي ت/٨٠٤ هـ،تحقيق عبد الله اللحياني،دار حراء،مكة المكرمة،ط ١ /١٤٠٦ هـ.
* تخريج الأحاديث والآثار الواردة في كتاب الأموال،د.عبد الصمد بكر عابد،رسالة دكتوراه،جامعة أم القرى (١٤٠٤).
* تذكرة الحفاظ،للذهبي شمس الدين محمد بن أحمد، ت/٧٤٨ هـ،تصحيح عبد الرحمن المعلمي،دار الفكر العربي.

* تذكرة السامع والمتكلم في أدب العالم والمتعلم ،لابن جماعة بدر الدين،ت/٧٣٣ هـ،دار الكتب العلمية ،بيروت.
* الترغيب والترهيب،عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، ت/٦٥٦ هـ،تحقيق مصطفى محمد عمارة،دار الفكر /١٤٠١ هـ.
* تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة،لابن حجر العسقلاني أحمد بن علي،ت/٨٥٢ هـ،دار المحاسن للطباعة /١٣٨٦ هـ.
* تفسير القرآن العظيم،لابن كثير اسماعيل بن عمر،ت/٧٧٤هـ مطبعة عيسى البابي الحلبي،مصر.
* التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)،فخر الدين الرازي، ت/٦٠٦ هـ، المطبعة المصرية /١٩٣٨م.
* تقريب التهذيب،لابن حجر العسقلاني أحمد بن علي،ت/٨٥٢ هـ تحقيق الشيخ محمد عوامة،دار البشائر الاسلامية،بيروت، ط ٣ /١٤١١ هـ.
* تقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين،عبد القادر بن مصطفى الرافعي،ت/١٣٢٣ هـ،دار احياء التراث العربي، بيروت،ط ٢ /١٤٠٧ هـ.
* تكملة الاكمال،لابن نقطة،محمد بن عبد الغني،ت/٦٢٩ هـ، تحقيق د.عبد القيوم عبد رب النبي،مركز البحث العلمي، جامعة أم القرى،مكة المكرمة،ط ١ /١٤١٠ هـ.
* تكملة مجموع النووي للسبكي،تقي الدين علي بن عبد الكافي،ت/٧٨٦ هـ،= المجموع للنووي.
* التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،ت/٨٥٢ هـ،بتصحيح عبد الله هاشم اليماني /١٣٨٤ هـ.

* التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، ت/٤٦٣ هـ، وزارة الأوقاف، المغرب.

* تهذيب التهذيب، لابن حجر، أحمد بن علي، ت/٨٥٢ هـ، دار صادر بيروت، تصوير عن ط ١ /١٣٢٥ هـ، دائرة المعارف العثمانية، حيدر أباد، الهند.

* تهذيب اللغة، للأزهري، محمد بن أحمد، ت/٣٧٠ هـ، الدار المصرية للتأليف، تصوير دار الكتاب العربي /١٩٦٧م.

* تهذيب الكمال في أسماء الرجال، للمزي، جمال الدين يوسف ت/٧٤٥ هـ، دار المأمون للتراث، دمشق، نسخة مصورة عن النسخة الخطية المحفوظة بدار الكتب المصرية.

* الثقات، لابن حبان، محمد بن حبان البستي، ت/٣٥٤ هـ، مؤسسة الكتب الثقافية، تصوير عن طبعة حيدر أباد، الهند/١٩٧٣م، دائرة المعارف العثمانية.

* الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، محمد بن أحمد، ت/٦٧١ هـ، تصحيح أحمد عبد العليم البردوني، مطبعة دار الكتب المصرية، ط ١ /١٩٥٤م.

* جامع الأصول من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، لابن الأثير، مبارك بن محمد الجزري، ت/٦٠٦ هـ، تحقيق محمد حامد الفقي، نشر رئاسة البحوث العلمية، السعودية، ط ١/١٣٧٠هـ.

* جامع البيان عن تاويل آي القرآن، للطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، ت/٣١٠ هـ، ط ٢، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢ /١٣٧٣ هـ.

* الجرح والتعديل، لابن أبي حاتم الرازي، عبد الرحمن بن محمد، ت/٣٢٧ هـ، ط ١، دائرة المعارف العثمانية، حيدر أباد، الهند.

* جمهرة الأمثال، للعسكري، أبي هلال الحسن بن عبد الله (أواخر القرن الرابع)، تحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم، وعبد المجيد قطامش، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة، ط ١ /١٣٨٤ هـ.
* جمهرة أنساب العرب، لابن حزم، علي بن أحمد، ت/٤٥٦ هـ، تحقيق عبد السلام هارون، ط ١، دار المعارف، مصر، /١٩٧١م.
* الجواهر المضية في طبقات الحنفية، للقرشي، عبد القادر ابن محمد، ت/٧٧٥ هـ، تحقيق عبد الفتاح الحلو، مطبعة عيسى البابي الحلبي.
* الجوهر النقي في الرد على البيهقي، علاء الدين بن علي الماريديني، الشهير بابن التركماني، ت/٧٤٥ هـ = السنن الكبرى للبيهقي.
* الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، أبو بكر بن علي الحدادي، ت/٨٠٠ هـ، المكتبة الامدادية، باكستان، ملتان.
* حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ت/١٢٣٠ هـ = الشرح الكبير.
* حاشية السندي على النسائي، أبو الحسن نور الدين بن عبد الهادي السندي، ت/١١٣٨ هـ = سنن النسائي.
* حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، أحمد بن محمد الشلبي، ت/١٠٢١ هـ = تبيين الحقائق.
* الحاوي، للماوردي علي بن محمد، ت/٤٥٠ هـ، كتاب النكاح، (رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى) تحقيق عبد الرحمن شميلة الأهدل، /١٤٠٧.
* الحاوي في سيرة الامام أبي جعفر الطحاوي، محمد زاهد الكوثري، ت/١٣٧١ هـ، مطبعة الأنوار المحمدية، القاهرة.

* الحجة على أهل المدينة، محمد بن الحسن الشيباني ت/١٨٩ هـ، تعليق مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب ط ٣ /١٤٠٣ هـ.

* حجة القراءات، لابن زنجلة، عبد الرحمن بن محمد، (توفي أواخر القرن الرابع الهجري). تحقيق سعيد الأفغاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٤ /١٤٠٤ هـ.

* حسن التقاضي في سيرة الامام أبي يوسف القاضي رضي الله عنه، وصفحة من طبقات الفقهاء، محمد زاهد الكوثري، ت/١٣٧١ هـ، دار الأنوار للطباعة، القاهرة، /١٣٦٨ هـ.

* حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، للسيوطي، عبد الرحمن، ت/٩١١ هـ، تحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم، طبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، /١٣٨٧ هـ.

* الخراج، لأبي يوسف، يعقوب بن ابراهيم، ت/١٨٢ هـ، المطبعة السلفية، القاهرة، ط ٤ /١٣٩٢ هـ.

* خزانة الأدب ولب لسان العرب، عبد القادر بن عمر البغدادي ت/١٠٩٣ هـ، تحقيق عبد السلام هارون، دار الكاتب العربي، القاهرة، /١٣٨٧ هـ.

* الدر المنثور في التفسير المأثور، للسيوطي، ت/٩١١ هـ، دار الفكر، بيروت، ط ١ /١٤٠٣ هـ.

* الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت/٨٥٢ هـ، تصحيح عبد الله هاشم اليماني، دار المعرفة بيروت، توزيع دار الباز، مكة المكرمة.

* ديوان زهير بن أبي سلمى، (توفي قبل البعثة بسنة)، مع شرحه لثعلب أحمد بن يحيى، ت/٢٩١ هـ، دار الكتب المصرية، القاهرة، /١٣٦٣ هـ.

* رد المحتار على الدر المختار مع تتمة ولده قرة عيون الأخيار،محمد أمين بن عمر بن عابدين،ت/١٢٥٢ هـ،ط ٢، مصطفى البابي الحلبي،/١٣٨٦ هـ.

* سبل السلام شرح بلوغ المرام،من أدلة الأحكام،للصنعاني، محمد بن أمير،ت/١١٨٢ هـ،دار الفكر.

* سنن ابن ماجه،محمد بن يزيد القزويني،ت/٢٧٥ هـ،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

* سنن أبي داود،سليمان بن الأشعث السجستاني،ت/٢٧٥ هـ، تعليق عزت الدعاس،عادل السيد،دار الحديث،بيروت.

* سنن الترمذي،محمد بن عيسى بن سورة الترمذي،ت/٢٧٩ هـ، تحقيق أحمد محمد شاكر لأول جزءين،ثم الثالث لمحمد فؤاد عبد الباقي،والأخيرين لابراهيم عطوة عوض،دار احياء التراث الاسلامي،بيروت.

* سنن الدارقطني،مع التعليق المغني،علي بن عمر الدارقطني ت/٣٨٥ هـ،تصحيح عبد الله هاشم يماني،دار المحاسن للطباعة، القاهرة.

* سنن الدرامي،عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي،ت/٢٥٥ هـ تعليق عبد الله هاشم يماني، الناشر حديث أكادي،باكستان.

* السنن الكبرى للبيهقي،ومعه الجوهر النقي، أحمد بن الحسين البيهقي،ت/٤٥٨ هـ،توزيع دار الباز،مكة،مصور عن طبعة دائرة المعارف العثمانية،حيدر آباد الدكن، الهند، ط ١ /١٣٤٤ هـ.

* سنن النسائي مع شرح السيوطي وحاشية السندي والفهارس أحمد بن شعيب النسائي،ت/٣٠٣ هـ،باعتناء الشيخ عبد الفتاح أبو غدة،دار البشائر الاسلامية،بيروت،ط ١٤٠٦/١هـ.

* سير أعلام النبلاء للذهبي،محمد بن أحمد،ت/٧٤٨ هـ، أشرف على تحقيقه وخرج أحاديثه شعيب الأرناؤوط،مؤسسة الرسالة بيروت،ط ٢ /١٩٨٢ م.

* السيرة النبوية،لابن هشام عبد الملك بن هشام،ت/٢١٨ هـ طبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة،ط ٢ ١٣٧٥ هـ.

* شذرات الذهب في أخبار من ذهب،عبد الحي بن العماد الحنبلي،ت/١٠٨٩ هـ،دار المسيرة،بيروت،ط ٢ /١٣٩٩ هـ.

* شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك،عبد الله بن عقيل ت/٧٦٩ هـ،تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد،دار الفكر بيروت،ط ٦ /١٣٩٩ هـ.

* شرح أدب القاضي للخصاف،ت/٢٦١هـ،للجصاص،ت/٣٧٠هـ،تحقيق فرحات زيادة،قسم النشر بالجامعة الأمريكية بالقاهرة.

* شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني للجصاص، ت/٣٧٠ هـ، (مخطوط).

* شرح الخرشي على مختصر خليل،محمد بن عبد الله الخرشي ت/١١٠١ هـ،دار صادر،بيروت.

* شرح ديوان لبيد بن ربيعة،ت/٤١ هـ،للطوسي،تحقيق د. احسان عباس، الكويت /١٩٦٢ هـ.

* شرح السراجية في علم الفرائض،للسيد الشريف الجرجاني علي بن محمد،ت/٨١٦ هـ،مطبعة وزارة الأوقاف،بغداد /١٣٩٩ هـ.

* شرح السنة للبغوي، الحسين بن مسعود،ت/٥١٦ هـ،تحقيق شعيب الأرناؤوط، المكتب الاسلامي،بيروت.

* شرح صحيح مسلم (المنهاج بشرح صحيح مسلم بن الحجاج) للنووي محيي الدين،ت/٦٧٦ هـ، المطبعة المصرية.

* شرح العقيدة الطحاوية، لابن أبي العز علي بن علي، ت/٧٩٣ هـ، تحقيق د. عبد الله التركي، الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١ /١٤٠٨ هـ.

* شرح الكوكب المنير لابن النجار، محمد بن أحمد، ت/٩٧٢ هـ تحقيق د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، مركز البحث العلمي جامعة أم القرى، مكة المكرمة /١٤٠٠ هـ.

* الشرح الكبير على مختصر خليل، أحمد بن محمد الدردير ت/١٢٠١ هـ، دار الفكر.

* كنز الراغبين بشرح منهاج الطالبين، مع حاشيتي قليوبي وعميرة، جلال الدين محمد بن أحمد المحلي، ت/٨٦٤ هـ، طبعة عيسى البابي الحلبي، مصر.

* شرح مختصر الطحاوي للاسبيجابي، علي بن محمد، ت/٥٣٥ هـ (مخطوط).

* شرح مختصر الطحاوي للجصاص (مخطوط).

* شرح معاني الآثار المختلفة المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأحكام، أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، ت/٣٢١ هـ، تحقيق محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، دار الكتب العلمية، توزيع دار الباز، مكة.

* الشعر والشعراء، لابن قتيبة عبد الله بن مسلم، ت/٢٧٦ هـ تحقيق أحمد شاكر، دار المعارف بمصر /١٩٦٦ م.

* الصحاح للجوهري، اسماعيل بن حماد، ت/٣٩٣ هـ، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٢ /١٤٠٢هـ.

* صحيح ابن خزيمة، محمد بن اسحاق بن خزيمة النيسابوري ت/٣١١ هـ، تحقيق د. محمد مصطفى الأعظمي، شركة الطباعة العربية السعودية المحدودة، الرياض، ط ٢ /١٤٠١ هـ.

* صحيح البخاري، محمد بن اسماعيل البخاري، ت/٢٥٦ هـ = فتح الباري.

* صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوي، ت/ ٢٦١ هـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي بيروت.

* الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، للسخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، ت/ ٩٠٢ هـ، دار مكتبة الحياة، بيروت.

* طبقات الحنابلة، محمد بن أبي يعلى الحنبلي، ت / ٥٢٦ هـ دار المعرفة، بيروت.

* الطبقات الكبرى، محمد بن سعد، ت/ ٢٣١ هـ، دار صادر، بيروت / ١٩٦٨ م.

* طِلبَة الطَّلَبَة في الاصطلاحات الفقهية، للنسفي نجم الدين بن حفص، ت/ ٥٣٧ هـ، مكتبة المثنى ببغداد / ١٣١١ هـ.

* عقد الجمان في تاريخ أهل الزمان، للعيني بدر الدين محمود بن أحمد، ت/ ٨٥٥ هـ (مخطوط).

* عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب الامام أبي حنيفة محمد مرتضى الزبيدي، ت/ ١٢٠٥ هـ، تصحيح عبد الله هاشم اليماني مطبعة الشبكشي، القاهرة.

* عمدة القاري شرح صحيح البخاري، العيني، بدر الدين محمود بن أحمد، ت/ ٨٥٥ هـ، تصوير دار الفكر، / ١٣٩٩ هـ.

* غاية البيان (شرح على الهداية للمرغيناني) أمير كاتب الاتقاني، ت/ ٧٥٨ هـ، (مخطوط).

* غاية النهاية في طبقات القراء، لابن الجزري، محمد بن أحمد، ت/ ٨٣٣ هـ، عني بنشره ج. برجسراس، ط ١ / ١٣٥١ هـ مكتبة الخانجي بمصر.

* غريب الحديث والآثار، لأبي عبيد القاسم بن سلام، ت/ ٢٢٤ هـ تحقيق محمد عبد المعين خان، دائرة المعارف العثمانية حيدر آباد، الهند / ١٩٦٤ م، تصوير دار الكتاب العربي بيروت / ١٣٩٦ هـ.

* فتاوى ابن الصلاح،عثمان بن عبد الرحمن،ت/٦٤٣ هـ، = مجموعة الرسائل المنيرية .

* فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،ت/٨٥٢ هـ، المكتبة السلفية ،دار الفكر.

* فتح الغفار بشرح المنار،لابن نجيم زين الدين بن ابراهيم ،ت/٩٧٠ هـ،بمراجعة الشيخ محمود أبو دقيقة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ،ط ١ /١٣٥٥ هـ.

* فتح القدير للعاجز الفقير (شرح الهداية) مع بقية شروح الهداية ،كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ،ت/٨٦١ هـ،داراحياء التراث العربي،بيروت (٩ ج).

* الفتح المبين في طبقات الأصوليين،عبد الله مصطفى المراغي،دار الكتب العلمية ،بيروت،ط ٢ /١٣٩٤ هـ.

* الفصول في الأصول،للجصاص أحمد بن علي،ت/٣٧٠ هـ،تحقيق د.عجيل جاسم النشمي،وزارة الأوقاف في الكويت،ط١/١٤٠٥هـ وتتمة له (رسالة ماجستير في الجامعة الاسلامية) سنة ١٤٠٢/ هـ،تحقيق سميح أحمد .

* فهرس الفهارس والاثبات ومعجم المعاجم والمشيخات،عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني،ت/١٣٨٢ هـ،تحقيق د. احسان عباس ،دار الغرب الاسلامي،بيروت،ط ٢ /١٤٠٢ هـ.

* فهرس بدائع الصنائع،عصمت الله عنايت الله (لم يطبع بعد).

* الفهرست،ابن النديم محمد بن اسحاق،ت/٤٣٨ هـ،دار المعرفة ،بيروت /١٩٧٨ م .

* الفوائد البهية في تراجم الحنفية ،عبد الحي اللكنوي، ت/١٣٠٤ هـ،دار المعرفة ،بيروت.

* فوات الوفيات،محمد بن شاكر الكتبي،ت/٧٦٤ هـ،تحقيق د. احسان عباس،دار صادر،بيروت.

* فيض القدير شرح الجامع الصغير للسيوطي، عبد الرؤوف المناوي، ت/١٠٣١ هـ، دار المعرفة، بيروت.

* القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ت/٨١٧هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٧١/٠ هـ.

* القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزي، ت/٧٤١ هـ، مكتبة أسامة بن زيد، بيروت.

* قواعد في علوم الحديث (مقدمة كتاب اعلاء السنن) ظفر أحمد عثمان التهانوي، تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة = اعلاء السنن.

* الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، للذهبي ت/٧٤٨ هـ، تحقيق عزت عطية وموسى محمد علي، دار الكتب الحديثة بالقاهرة، ط ١ /١٣٩٢ هـ.

* الكامل في التاريخ، لابن الأثير عز الدين علي بن محمد، ت/٦٣٠ هـ، دار صادر، بيروت /١٩٦٥ م.

* الكامل في ضعفاء الرجال، لابن عدي عبد الله الجرجاني دار الفكر، بيروت، ط ١ /١٤٠٤ هـ.

* كتائب أعلام الأخيار، للكفوي محمود بن سليمان، ت/٩٩٠ هـ (مخطوط).

* كشاف القناع عن الاقناع، منصور بن يونس البهوتي، ت/١٠٥١ هـ تعليق جلال مصيلحي، مكتبة النصر الحديثة الرياض.

* كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مصطفى بن عبد الله جلبي المعروف بالحاج خليفة، ت/١٠٦٧ هـ، ط تركيا، وكالة المعارف ١٣٦٠ هـ.

* الكفاية شرح الهداية مع فتح القدير.جلال الدين بن شمس الدين الخوارزمي الكرلاني،ت/٧٦٧ هـ = فتح القدير.

* الكليات،لأبي البقاء الكفوي أيوب بن موسى،ت/١٠٩٤ هـ بعناية عدنان درويش ومحمد المصري،نشر وزارة الثقافة بدمشق /١٩٨١ هـ.

* اللباب في شرح الكتاب (شرح مختصر القدوري).عبد الغني ابن طالب الغنيمي،ت/١٢٩٨ هـ.تحقيق محمود النواوي المكتبة العلمية.بيروت /١٤٠٠ هـ.توزيع دار الباز،مكة.

* لسان العرب،لابن منظور محمد بن مكرم.ت/٧١١ هـ.طبعة مصورة عن طبعة بولاق مع تصويبات وفهارس الدار المصرية للتأليف.

* لسان الميزان،ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي،ت/٨٥٢ هـ مؤسسة الأعلمي للمطبوعات،بيروت،ط ٢ /١٣٩٠ هـ.

* لوامع الأنوار البهية شرح الدرة المضية في عقيدة الفرقة المرضية.للسفاريني محمد بن أحمد.ت/١١٨٨ هـ. المكتب الاسلامي،بيروت،ط ٢ /١٤٠٥ هـ.

* المبسوط،للسرخسي شمس الأئمة.محمد بن أحمد.ت/ حوالي ٤٩٠/. هـ.دار المعرفة.بيروت،ط ٢.

* مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار. للفتني محمد طاهر.ت/٩٨٦ هـ.حيدر أباد الدكن،الهند /١٣٨٧ هـ.

* مجمع الزوائد ومنبع الفوائد،الهيثمي نور الدين علي بن أبي بكر.ت/٨٠٧ هـ.دار الكتاب العربي،بيروت،ط ٢.

* المجموع شرح المهذب،النووي يحيى بن شرف،ت/٦٧٦ هـ. دار الفكر.

* مجموع فتاوى ابن تيمية،تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ت/٧٢٨ هـ،جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد العاصمي النجدي،نشر الرئاسة العامة لشئون الحرمين،مكة المكرمة مكتبة النهضة الحديثة،مكة المكرمة /١٤٠٤ هـ.

* مجموعة حكم وآداب،ياقوت بن عبد الله المستعصمي، ت/٦٨٩ هـ،مطبعة الجوائب،تركيا،/١٢٩٨ هـ.

* مجموعة الرسائل المنيرية،ادارة الطباعة المنيرية، /١٣٤٣ هـ،تصوير دار احياء التراث العربي،بيروت.

* المحلى لابن حزم،علي بن أحمد،ت/٤٥٦ هـ،تحقيق أحمد محمد شاكر،دار الآفاق الجديدة،بيروت.

* مختار الصحاح،محمد بن أبي بكر الرازي،ت/٦٦٦ هـ،دار الكتب العلمية،بيروت،توزيع دار الباز،مكة المكرمة.

* مختصر سنن أبي داود،للمنذري،عبد العظيم بن عبد القوي المنذري،ت/٦٥٦ هـ = معالم السنن.

* مختصر الطحاوي،للطحاوي،أبو جعفر أحمد بن محمد،ت/٣٢١هـ تحقيق أبو الوفا الأفغاني،احياء المعارف العثمانية،حيدر أباد الدكن،تصوير دار الكتاب العربي،بيروت،/١٣٧٠ هـ.

* مختصر القدوري،أحمد بن محمد،ت/٤٢٨ هـ،= اللباب للميداني.

* مختصر المستدرك،للذهبي محمد بن أحمد،ت/٧٤٨ هـ،= المستدرك للحاكم.

* مراتب الاجماع،لابن حزم،علي بن أحمد،ت/٤٥٦ هـ،ومعه نقد مراتب الاجماع لابن تيمية،تحقيق الشيخ محمد زاهد الكوثري،تصوير دار الكتب العلمية،بيروت.

* المراسيل،لأبي داود،سليمان بن الأشعث،تحقيق شعيب الأرناؤوط،ط ١ /١٤٠٨،مؤسسة الرسالة،بيروت.

* مرآة الزمان في تاريخ الأعيان، سبط ابن الجوزي، يوسف بن قزأوغلي، ت/ ٦٥٤ هـ. (مخطوط).

* المسافر وما يختص به من أحكام العبادات، الدكتور أحمد عبد الرزاق الكبيسي، /١٤٠٩ هـ.

* المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، ت/٤٠٥ هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.

* مسند الامام أحمد، أحمد بن حنبل، ت/ ٢٤١ هـ. المكتب الاسلامي بيروت، دار صادر، بيروت.

* مسند الامام أحمد، تحقيق أحمد شاكر، ط ٣، دار المعارف للطباعة والنشر، /١٣٦٨ هـ.

* مسند أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه، محمد بن محمد الباغندي، ت/ ٣١٢ هـ، تحقيق الشيخ محمد عوامة، مؤسسة علوم القرآن، دمشق، ط ٢، /١٤٠٤ هـ.

* مشارق الأنوار على صحاح الآثار، القاضي عياض بن موسى اليحصبي، ت/٥٤٤ هـ. المكتبة العتيقة، تونس، دار التراث القاهرة.

* مشكل الآثار، للطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد، ت/ ٣٢١ هـ. دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد الدكن، الهند، /١٣٣٣ هـ، تصوير دار صادر.

* المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للرافعي، أحمد بن محمد المقري الفيومي، ت/ ٧٧٠ هـ.

* المصنف، عبد الرزاق بن همام الصنعاني، ت/ ٢١١ هـ، تحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي، ط ١، /١٣٩٠ هـ، تصوير المكتب الاسلامي بيروت.

* المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر عبد الله بن محمد ابن أبي شيبة، ت/٢٣٥ هـ. الدار السلفية، ط ٢، /١٣٩٩ هـ.

* معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود، للمنذري، أحمد بن محمد الخطابي، ت/٣٨٨ هـ، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية.

* معاني القرآن، للنحاس، أبو جعفر النحاس، ت/٣٣٨ هـ، تحقيق الشيخ محمد علي الصابوني، مركز البحث العلمي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط ١٤٠٨/٠١ هـ.

* المعجزة الخالدة، الدكتور حسن عتر، ط ١٤٠٩/٠٢ هـ.

* معجم البلدان، لياقوت بن عبد الله الحموي، ت/٦٢٦ هـ، دار احياء التراث العربي، بيروت.

* المعجم الصغير، للطبراني، سليمان بن أحمد الطبراني، ت/٣٦٠ هـ، باعتناء كمال يوسف الحوت، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط ١٤٠٦/٠١ هـ.

* معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع، للبكري، عبد الله بن عبد العزيز، ت/٤٨٧ هـ، تحقيق مصطفى السقا، عالم الكتب، بيروت.

* معيد النعم ومبيد النقم، للسبكي، تاج الدين بن عبد الوهاب، ت/٧٧١ هـ، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط ١٤٠٧/٠١ هـ.

* مغاني الأخيار، في رجال معاني الآثار، للعيني، بدر الدين محمود بن أحمد، ت/٨٥٥ هـ، (مخطوط).

* المغرب في ترتيب المعرب، ناصر الدين بن عبد السيد المطرزي، ت/٦١٠ هـ، تحقيق محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، ط ١٣٩٩/٠١ هـ.

* المغني ومعه مع الشرح الكبير، لابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، ت/٦٢٠ هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.

* المغني في ضبط أسماء الرجال في معرفة كنى الرواة وألقابهم وأنسابهم، للفتني، محمد طاهر بن علي الهندي ت/٩٨٦ هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٩/ هـ.

* المفردات في غريب القرآن.للراغب الأصفهاني. الحسين بن محمد .ت/٥٠٢ هـ.تحقيق محمد سيد كيلاني.دار المعرفة . بيروت.

* مقالات الكوثري.محمد زاهد الكوثري.ت/١٣٧١ هـ.

* الملل والنحل.للشهرستاني.محمد بن عبد الكريم .ت/٤٧٩ هـ تحقيق محمد سيد كيلاني.مطبعة مصطفى البابي الحلبي. ١٣٨٧/ هـ.

* المنتقى شرح موطأ الامام مالك.للباجي.سليمان بن خلف. ت/٤٩٤ هـ.مطبعة السعادة . القاهرة .ط ١٣٣١/٠١ هـ.

* مهام الفقهاء في (تراجم الحنفية).محمد كامي بن ابراهيم الأدرنوي.ت/١١٣٦ هـ.(مخطوط).

* موارد الظمآن الى زوائد ابن حبان.للهيثمي.نور الدين علي بن أبي بكر.ت/٨٠٧ هـ.تحقيق محمد عبد الرزاق حمزة . مكتبة المعارف. الرياض.

* موسوعة فقه عبد الله بن مسعود . الدكتور محمد رواس قلعه جي.مركز البحث العلمي.جامعة أم القرى.مكة المكرمة ط ١٤٠٤/٠١ هـ.

* الموطأ . الامام مالك بن أنس.ت/١٧٩ هـ.تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.دار احياء التراث العربي.

* الموقظة .في علم مصطلح الحديث.للذهبي.محمد بن أحمد . ت/٧٤٨ هـ.تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة .مكتب المطبوعات الاسلامية .حلب + دار البشائر الاسلامية .بيروت. ط ١٤٠٥/٠١ هـ.

* ناظورة الحق في فرضية العشاء وان لم يغب الشفق. للمرجاني.هارون بن بهاء الدين.ت/١٣٠٦هـ.قزان.١٢٨٧/٠هـ.

* النافع الكبير شرح الجامع الصغير، لمحمد بن الحسن الشيباني، لللكنوي عبد الحي، ت/١٣٠٤ هـ، ادارة القرآن الكريم والعلوم الاسلامية، كراتشي، باكستان.
* النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، لابن تغري بردى يوسف، ت/٨٧٤ هـ، مصورة عن طبعة دار الكتب، وزارة الثقافة مصر، أما الأجزاء الأربعة الأخيرة، فهي بتحقيق فهيم محمد شلتوت، الهيئة المصرية العامة للتأليف، ١٩٧٠م.
* نصب الراية لأحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف الزيلعي، ت/٧٦٢ هـ، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، ١٣٩٣هـ.
* نكت الهميان في نكت العميان، للصفدي، خليل بن آيبك، ت/٧٦٤ هـ، المطبعة الجمالية، القاهرة، ١٣٢٩ هـ.
* النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الاثير، مجد الدين المبارك بن محمد الجزري، ت/٦٠٦ هـ، تحقيق طاهر احمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة الاسلامية.
* نواسخ القرآن، لابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، ت/٥٩٧ هـ، تحقيق محمد أشرف المليباري، مركز احياء التراث الاسلامي الجامعة الاسلامية، المدينة المنورة، ط ١، ١٤٠٤ هـ.
* نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني، ت/١٢٥٠ هـ، دار الجيل، بيروت.
* الهداية شرح بداية المبتدى، علي بن أبي بكر المرغيناني ت/٥٩٣ هـ، المكتبة الاسلامية.
* هدي الساري، لابن حجر العسقلاني = فتح الباري.
* الوافي بالوفيات، للصفدي، خليل بن آيبك، ت/٧٦٤ هـ، باعتناء جمعية المستشرقين الألمانية.

* وفاء الوفاء بأخبار دار المصطفى صلى الله عليه وسلم للسمهودي، نور الدين علي بن أحمد، ت/ ٩١١ هـ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، توزيع دار الباز، مكة المكرمة، ط ٣ / ١٩٨١م.

* وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لابن خلكان، أحمد بن محمد، ت/ ٦٨١ هـ، تحقيق احسان عباس دار صادر، بيروت.

* * * *
* * *

فِهرس المَوْضُوعات

كتاب الشَّركَة. ٢٧٠

كتاب المَساقاة. ٣٦٩

كتاب الإجارات. ٣٧١

فهرس موضوعات المجلد الثاني

* * * *
* * *

فهرس القواعد والضوابط الفقهية

* * * *
* * *